أحكام المعاملات

تأليف

الأستاذ الدكتور كامل موسى
أستاذ الشريعة في كلية الإمام الأوزاعي
للدراسات الإسلامية

مؤسسة الرسالة

أحكام المعاملات

الطبعة الثانية
مصححة ومنقحة
١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م

مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع
مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٦٠٣٢٤٣ - ٨١٥١١٢ - ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران

أحكام المعاملات

تأليف
الأستاذ الدكتور كامل موسى
أستاذ الشريعة في كلية الإمام الأوزاعي
للدراسات الإسلامية

مؤسسة الرسالة

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ

إهـداء

إلى الباحثين عن الكسب الحلال
إلى العاملين على تطبيق
مفاهيم الإسلام
والله من وراء القصد

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على من أرسله ربُّه رحمة للعالمين، محمد بن عبد الله النبي الصادق الأمين.

وبعد: فإن معرفة مفاهيم الإسلام لا تتوقف عند جانب معيّن من شرائع أحكامه بل ينبغي أن تمتد المعرفة إلى سائر جوانبه ومعالمه، من عقائد وعبادات ومعاملات وجنايات، وغيره من سائر التقسيمات الاصطلاحية.

ونظراً لمدى حاجة المسلم المعاصر إلى معرفة التعامل المادي فيما بينه وبين الآخرين، وخاصة طلبة العلوم الشرعية والإسلامية، والذين يقع عليهم العبء الأكبر من العمل على بسط نظام الإسلام، فكراً وعملاً، ورسم الأطر والمعالم التي ينبغي أن يسير ضمنها الإنسان بغية صلاحهم في الدنيا وسعادتهم في الآخرة.

لهذا ولغيره مما يقوي الهدف، عزمت، وبعد التوكّل على الله تعالى على كتابة هذا البحث، وتحت عنوان «أحكام المعاملات»، ومتبعاً فيه نهج الفقهاء والأئمة، وعلى ضوء كتاب الله وسنّة رسوله ﷺ، فبينت نقاطاً عدّة بصورة مبسطة في إطار المقارنة بين السادة الفقهاء، وعلى مبنى الفهم والدراسة، وخاصة لطلبة الكليات الإسلامية، ودون حصر لسائر مسائل التعامل المادي. بل حصرت جهدي في فتح الباب ورسم الطريق ودفع القواعد والمبادىء والشروط والضوابط للعقود، وبشكل عام، وبحيث يشكل هذا البحث كتاباً في أيدي الطلبة، وبالصورة المتناسبة مع المطلوب والإمكانية، وبالشكل التالي:

بعد التقديم والمصطلحات قسّمت البحث إلى فصول أربعة:

الفصل الأول: الملكية، ويتضمن التعريف بالملكية وأقسامها وقيودها وأسبابها.

الفصل الثاني: في العقود، ويتضمن التعريف بالعقد، ومقومات العقد، من أركان وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم، والشروط والعقود، والخيارات والعقود وآثار الخيارات على العقود، وأقسام العقود للاعتبارات المتعددة، وكذلك الولاية والوكالة والكفالة والحوالة.

الفصل الثالث: في البيوع، ويتضمن: آداب البيع والشراء، وأقسام البيع، من مقايضة وصرافة وسلم والبيع المطلق وتقسيماته المتعددة.

ويتضمن الربا والقرض والبيوع المنهي عنها ومواصفاتها وآثارها. ويتبعها عقد الإجارة والمساقاة والزراعة والمحاقلة.

الفصل الرابع: في الشركات، ويتضمن التعريف بها وأقسامها من شركة الملك وشركة العقود وأقسامها من شركة الأموال وشركة الصنائع وشركة الوجوه وشركة المضاربة، وشركات أخرى مستجدة مستوردة، من شركة المساهمة وشركة المحاصة وشركة التضامن وشركة التأمين.

وختمته بكلمة مغفرة من الرحيم الرحمٰن وبأن يتقبل ويعفو، وهو العفوّ الكريم.

المؤلف

مصطلحات تخص أحكام المعاملات(*)

١ ــ **الاختلاط**: هو انضمام الشيء إلى الشيء متداخلة فيه، سواء أمكن التمييز بينهما أم لا.

٢ ــ **الارتفاق**: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر.

٣ ــ **الاستحسان**: عدّ الشيء حسناً، ويعرّف بما يلي:
ــ ترك القياس تحقيقاً لمقصد الشارع.
ــ العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.

٤ ــ **الاستيفاء**: أخذ الحق كاملاً.

٥ ــ **الإسقاط**: عفو المرء عن حق له على الغير.

٦ ــ **الانعقاد**: صحة اتفاق طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما بتنفيذ ما اتفقا عليه.

٧ ــ **الانقطاع**: هو عدم وجود مثل الشيء في الأسواق وإن وُجد في البيوت.

٨ ــ **التلازم**: كون أحدهما مقتضياً الآخر من الحكم، بحيث لو رفع أحدهما لارتفع الآخر، والأوّل يسمى بالملزوم، والثاني يسمى باللازم.

٩ ــ **الجلب**: هو ما يؤتى به من بلد إلى بلد من عروض التجارة.

١٠ ــ **الحجر**: هو منع نفاذ التصرفات القولية بسبب موجب، كنقصان العقل أو سوء التصرف.

(*) انظر: مجلة الأحكام العدلية، معجم لغة الفقهاء.

١١ ــ الحيازة: هي وضع اليد على الشيء مع حرية التصرف فيه.
١٢ ــ الدَّيْن: ماثبت من المال في الذمة، بعقد أو استهلاك أو استقراض.

١٣ ــ رأس مال الشركة: مجموع الحصص النقدية والعينية التي يقدمها الشركاء.

١٤ ــ رأس المال: مجموع التكاليف التي تقوم عليها السلعة، مجموع الثمن والتكاليف الأخرى كالنقل والتخزين ونحو ذلك.

١٥ ــ الرخص: هو تنزل قيمة شيء ما، أي نقصانها.

١٦ ــ الرشد: البلوغ وحسن التصرف في المال؛ وهو ضد السفة.

١٧ ــ السفه: إساءة التصرف في المال.
١٨ ــ الضِّمار: هو المال الغائب الذي لا يُرجى تحصيله؛ ومنه المال المفقود.

١٩ ــ العدديات المتفاوتة: هي المعدودات التي يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة، وجميعها من القيميات.

٢٠ ــ العدديات المتقاربة: هي المعدودات التي لا يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة.

٢١ ــ العروض: بالفتح، وهي ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات. مثل: المتاع، القماش، الكرسي، الكتب، وما أشبه ذلك.

٢٢ ــ العقار: هو ما لا يمكن نقله من محل.
٢٣ ــ العيِّنة: بفتح العين وتشديد الياء وكسرها: الأنموذج.
٢٤ ــ الغُبن: هو النقص الملاحظ من الثمن(*).

(*) والغبن نوعان، أحدهما متسامح فيه، والآخر وهو ما لا يتغابن الناس فيه عادة، أي لا يدخل في المسامحات العرفية في المعاملات، وقد أوردت المجلة حجم التفاوت الذي يعتبر غبناً فاحشاً، وكما يلي: ١/٢ العشر في العروض، ١/١٠ في الحيوانات، ١/٥ =

٢٥ ــ الغلاء: هو تزايد قيمة الشيء، أي ارتفاعها.

٢٦ ــ القيمي: هو ما لا يوجد له مثل في السوق؛ أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به.

٢٧ ــ الكساد: هو أن يبطل التداول بنوع من العملة ويسقط رواجها في البلاد كافة.

٢٨ ــ المتقوم: قابلية الشيء لأن يكون له بدل في العقود. وسبب عدم تقوّم الأشياء يعود إلى:
١ ــ لكرامتها، كالقرآن الكريم، والإنسان الحر، ففي تقومها حطّ من كرامتها.
٢ ــ لمهانتها، كالنجاسات، ومنها: الخمر والبول.
٣ ــ لنهي الشرع عن اقتنائها والانتفاع بها، كالأصنام وآلات اللهو.
٤ ــ لتفاهتها، كحبة القمح، وحبة الشعير.

٢٩ ــ المثلي: هو ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به. مثل: المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

٣٠ ــ المقدرات الأربع: هي المكيلات والموزونات والعدديات والمزروعات.

●●●

= في العقار، ١/٤ في النقود. وسبب هذا التفاوت في تقدير الغبن هو التفاوت في كثرة التعامل بين أنواع الأموال المختلفة، وهو ــ الغبن ــ أكبر من الأموال التي يقل التصرف كالعقارات والعكس بالعكس.

الفَصْلُ الأَوَّل

فِي المُلكِيَّة

الملكيــة

الملكية غريزة فطرية في ذات الإنسان أو ظاهرة اجتماعية، لا ينكر هذا إلا جاهل أو مكابر؛ وهي معه منذ البدء، بدء تاريخه، تكيفت مفهوماً وكيفية حسب أنظمة الشعوب والأمم؛ وكل قد فهم الملكية وتعامل معها حسبما استقر له من نظام.

ولعلّ أول ما تميزت به الملكية أنها كانت عن طريق وضع اليد على الشيء، ومنع الآخرين عنه، اعتماداً على ما لديه من إمكانية وقدرة، والتي تتقوى بها الملكية حسبما يوجد من مكانة لقوته.

وتحاشياً لعواقب الفوضى جعلت هذه الشعوب لأنفسها تنظيمات متنوعة حفاظاً عليها من النزاع العدائي الداخلي، والاعتداء الخارجي.

وظهرت معالم الحفاظ على الملكية من جهة الفرد حسبما يحتاج إليه من حاجيات وأشياء كملبس أو مأكل، وبقيت ملكية الأشياء الأخرى في أيدي القبيلة بشكل جماعي.

وبمزيد من الزمن تغيرت الظروف وتكاثرت الشعوب والأمم، وبتنوع الأنظمة وتبدلها، كانت الملكية تنازع أمرها بين اتجاهين إثنين: الاتجاه الفردي والاتجاه الجماعي؛ تبعاً للنزعات المادية المستمدة من سيادة الأنا وفلسفاتها المادية، سوى ما كان مستمداً من روح الشرائع السماوية التي نظمت الإنسان ووضعته على مبدأ تهذيب الطباع والغرائز.

وبقدر ما ابتعد الإنسان وشطّ عن شرع الله سبحانه، بقدر ما اهتز شأن الملكية وتزعزع، وارتبك شأن الفرد والمجتمع، فضعف الفرد وضعف

المجتمع. فلا الملكية الفردية المطلقة هدأ بها المجتمع، ولا الملكية الجماعية المطلقة، استقر لها المجتمع وأقر، بل هما نظرتان لا يرقى بهما الإنسان إلى مستوى سر خلقه وسبب وجوده، فلم يهنأ في دنياه ولم يحظى بآخرته.

ولا عجب فإنهما نظرتان أو نظريتان يقومان على أسس الفلسفات المادية المحضة، ودون أي ارتباط بالحياة الآخرة.

فالملكية ذات المفهوم الجماعي (لدى الاشتراكية)، وضعت نزعة الملكية الفردية؟ الإنسان في قفص من حديد، وعمل على كتم أنفاسها، والوصول بها إلى رهبنة غريزة التملك، المبنية على نزع الحوافز من داخله، وهو شيء صعب ولذا فلا يتوقع هكذا مجتمع سوى الانفجار أو الانحراف، لأنه شيء مخالف لفطرة الإنسان.

والملكية ذات المفهوم الفردي (لدى الرأسمالية) جعلت الإنسان في حال تطاحن مع الآخرين، شأن الذئاب على الفريسة، ووضعتها في إطار التشاحن والتباغض والاستبداد؛ فئة قليلة تعيش في أعلى درجات الرفاهية والاستبداد، وفئة أخرى ــ وهي الكثير ــ تعيش في أدنى درجة من الفقر والعوز والنزول في سلّم الضيق والشدة.

وأما الملكية في الإسلام ــ خاتم الأديان وخاتم الشرائع السماوية ــ فقد بنيت على أساس كرامة الإنسان وتقديره، والذي هو موضوع الابتلاء والامتحان. وبنيت على أساس ما للإنسان من مصلحة لنفسه ومن مصلحة لمجتمعه، ولذا وضعت الخصائص والمقومات والضوابط، والتي برمتها تجعل تصرفاته ضمن رسالته في الدنيا وضمن فوزه بالآخرة[1].

ومن الخطأ بكبير أن يوضع الإسلام فيما بين الشرائع والقوانين الوضعية المستمدة من الفلسفات المادية والنزعات الأنانية.

---

(١) راجع الاتجاه الجماعي للاقتصاد في التشريع الاسلامي ص ١٦٠.

وكان من الخطأ أن نصوّر منطلق الإسلام، في الملكية، بالوسط فيما بين النزعتين الماديتين، الفردية والجماعية.

الإسلام لا هذا ولا ذاك، لا شرقي ولا غربي، لا فردي مطلقاً ولا جماعي مطلقاً. بل له في كل جانب من جوانب الحياة، التشريع المتميز بخصائصه ومقوماته وضوابطه، مستمداً هذا كله من روح الشريعة ومقاصدها.

لشريعة الإسلام روح ومقاصد، ومنها استمدت الأحكام وصدرت المفاهيم ورسمت الملكية وبأسبابها وطرق صرفها، بيّنت الضوابط والحدود، وعملت على حقية الملكية الفردية، وعلى تنمية هذه الملكية، لكن ضمن إطار التهذيب. فلم تقبل منه أن يرهن ملكيته، ولا أن يتصرف في طرق الكسب وطرق الانفاق كما يبدو له وكما يحلو له من مزاج.

وضعت له طرق الملكية المباحة، ومبينة ضوابطها، فأمن الفرد وسعى في تنمية غريزته، ودون أن يلحق أذى بنفسه أو بغيره.

فله أن يتملك لكن ليس كما يشاء في الأسباب، بل بأسباب مشروعة وفي حدود الحفاظ على مصلحة المجتمع ومصلحة الأمة.

فهو محاسبٌ على طرق الكسب ومحاسبٌ على طرق الإنفاق، وعلى مبدأ الثواب والعقاب.

أقر الإسلام الملكية بقسميها، قسم الملكية الفردية، وقسم الملكية الجماعية.

وإذا كان الانتفاع بآثارها لجماعة من الناس على أن يكون انتفاع الفرد بها قائماً على أنه فرد من تلك الجماعة دون أن يكون له به اختصاص كانت الملكية جماعية.

وقد تكون عامة كملكية الدولة لأموالها ومرافقها العامة من طرق وقناطر وأنهار ونحو ذلك. وقد تكون خاصة بهيئة من الهيئات الإعتبارية من الأمة إذا كانت لها باعتبارها هيئة.

وأمـا إذا كان الانتفـاع بآثـارها الشخصي من الأشخـاص على وجه الاختصاص والتعيين فإن ملكيته تكون ملكية فردية، سواء أكان ملكه متميزاً أم شائعاً في ملك غيره من الأشخاص.

ووضـع الملكيتين في مفهوم الإسـلام أنها في إقـرار منه، ودون أن تعتدي إحدى الملكيتين على الأخرى، فهو محظور ومحرم، فـلا يجوز أن يتملك الفرد ما كان ملكاً للجماعة مخصصاً للمنافع العامة، وكما لا يجوز لولي الأمر أن يعتدي على ملكية الفرد، إذ لا يصح له أن يجعل ما يخص فرداً من الأفراد في ملك الجماعة إلا إذا اقتضت الحـاجة العـامة وتـطلبت المصلحة العامة للمسلمين، فيأخذه إمام المسلمين عن رضا أو عن قهر بدفع تعويض له وبدل ودون غيره وليس هذا إلا لضرورة المصلحة العامة، كما حدث هذا بالنسبة لتوسعة المسجد الحرام حين ضاق على الناس في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

والملكية في الإسلام لا تقتصر على الحاجي والمنقول، بل شملت ـ الفردية ـ المنقول والعقاروسائر الأمـوال، وليس كما في الاشتـراكية، التي توجب تحديد الملكية الفردية فقط في الأموال المنقولة، وجعلت ما يعتبر من الأموال غير المنقولة وجميع وسائل الانتاج في يد ملك الجماعة.

وليست الملكية الفردية في الإسلام كما يفهمها الذاهبون بها إلى حيث لا ضابط ولا حد، بل هي ملكية مشروعة في يده ما لم تتعارض مع المصلحة العامة للمسلمين[1].

وهل الإنسان فعلاً هو مـالك؟ فـإذا أمعنا النـظر إلى حقيقة الملكيـة فالمالك هو الله سبحـانه وتعـالى، وهو المـالك المـطلق لكل شيء، قـال سبحانه: ﴿ولله ملك السموات والأرض وما بينهما يخلق ما يشاء والله على

---

(١) انظر: الفكر الإسلامي والتطور (محمد فتحي عثمان/ ٥١٠.

كل شيء قدير﴾[1] وقال سبحانه: ﴿إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين﴾[2].

فلا ريب ولا شك بأن الوجود كلّه لله تعالى، وهو ملكه، بيَدْ أنه من مقتضى حكمة الخالق في تكليفه لخلقه وليبلوهم أيهم أحسن عملاً، أن يتملّكوا أشياء ويتسلطوا عليها، ولتظهر على صفحات حياتهم مدى استجابتهم لدعوة الرسل والأنبياء في عالم الحياة الدنيا.

فهيأ للإنسان ملكية الأشياء وحيازتها، وكما هو ظاهر من النصوص والشواهد، وكما في قوله تعالى: ﴿ألم تَرَ أن الله سخر لكم ما في السموات والأرض﴾[3] وقوله تعالى: ﴿ولتبلون في أموالكم وأنفسكم﴾[4].

وعلى الإنسان أن يتحمل تبعات أعماله، خيراً أو شراً، كبيراً كان العمل أم صغيراً، قال تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾[5] وقال ﷺ: «لا تزول قدما العبد يوم الحساب حتى يُسأل عن أربع: عن عمره فيما أفناه، وعن ثيابه فيما أبلاه، وعن ماله من أين اكتسبه وفيما أنفقه وعن علمه فيما عمل به»[6].

وهي وغيرها، تفيد: بأن الإنسان مسؤول عما يتملكه ويتسلط عليه من المكاسب من حيث المصدر، ومن حيث الإنفاق.

فالإنسان من حيث الواقع مالك بتكليف من المالك المطلق، ومسؤول عن طرق الكسب وعن طرق الإنفاق.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١٧.
(٢) سورة الأعراف، الآية: ١٢٨.
(٣) سورة لقمان، الآية: ٢٠.
(٤) سورة آل عمران، الآية: ١٨٦.
(٥) سورة الزلزلة، الآية: ٧ ــ ٨.
(٦) رواه الطبراني والبزار، واللفظ للطبراني، إسناده صحيح.

التعريف بالملكية:

الملكية في اللغة، بكسر الميم عبارة عن احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به. وبالضم: السلطان والعظمة «أي المُلك».

وهي من مادة ملك بفتح الثلاث، فيقال: ملك يَمْلكه ملكاً بكسر الميم. وملكه الشيء تمليكاً، أي جعله ملكاً له، وبحيث يكون قادراً على الاستبداد به[1].

وأما في الاصطلاح فقد عرّفها الفقهاء، فقالوا: هي قدرة يثبتها[2] الشارع على التصرف إلا لمانع».

والمراد ويكون المانع في انتقاص الأهلية، كما في الصغير والكبير المجنون، حيث يتصرف عنه الولي.

ويدخل في هذا القيد حق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون، حيث تقيّد تصرفات الشركاء والراهن عن التصرف في ملكيتهم، ومع أن وجود المانع لا ينافي الملك لأنه عارض[3].

□□□

(١) القاموس المحيط مادة ملك: مختار الصحاح مادة ملك.

(٢) ويعتبر عنها بالاختصاص الحاجز، أي الذي يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك.
وعلى هذا يدور تعريف المحدثين: هي اختصاص حاجز شرعاً يسوّغ صاحبها التصرف إلا لمانع».
ومنطلق التعريفات يتحدد من اختصاص المالك بالشيء وتصرفه فيه إلا إذا وُجد مانع شرعي.

(٣) انظر الأشباه والنظائر/٣٤٦.

أقسام الملكيـة

تنقسم الملكية إلى عدة أقسام ولاعتبارات متعددة، وهي:

أولاً ــ تقسيم الملكية باعتبار المحل:

والمراد بالمحل: هو ذات الشيء الذي ترد عليه الملكية وتتعلق به، وهـو بهذا الاعتبار أنواع، وهي:

١ ــ ملكية العين، وتسمى أيضاً ملكية الرقبة، أي رقبة الشيء، ويراد بهـا: الملكية لـذات الشيء وعينه، كـالأموال المنقـولة والمتـاع والحيـوان والعقار.

٢ ــ ملكية المنفعة، وهي ملكية يراد بها الملكية للمنفعة فقط من ذات الشيء مع المحافظة على عينه، مثال: سكن الدار، قراءة الكتب، الاستعارة من الأدوات ونحوها.

٣ ــ ملكية الدّين، هي ملكية يراد بها ما يملكه الإنسان من ثمن أو قرض في ذمة آخر. ولا يعتبر ملكاً إلا إذا كان التزاماً في الذمة.

٤ ــ ملكية الحقوق، هي ملكية يراد بها حقوق متعلقة، بمال كما في حق المرور، أو بغير مال كما في حق الحضانة.

وينظر إلى الحقوق من أكثر من جانب؛ فمن جانب صاحبه، فالحقوق إما أن تكون لله تعالى، وهو ما قصد به أولياً التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة دينه.

وقد يطلق على هذا النوع: **الحق العام**، من حيث ما يتحقق به من

حماية للمجتمع بصورة عامة، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإما أن تكون للإنسان، ويتميز هذا النوع بما يترتب عليه من مصلحة له. وهو إما عام، وإما خاص، وهو ما كانت مصلحته عائدة إلى الإنسان الفرد بذاته، وله حرية التصرف فيه، مع مراعاة قواعد الشرع ومقاصده، ومثاله: الحق في الحضانة.

وإما أن تكون شاملة للحقين معاً، ومثاله: حماية الإنسان لروحه وجسده، فإن ذلك حقاً للإنسان وحقاً لله تعالى، وأيهما رجح وغلب يكون الحق منتسباً إليه ويأخذ حكمه.

فللإنسان التصرف في نفسه، لكن هذا الحق متوقف على عدم الاعتداء على حق لله تعالى فيه، فلا يجوز له الانتحار بدافع الحرية الذاتية في هذا الحق.

وبالنظر إلى الحقوق من جهة تعلقها بالمحل، فهي نوعان اثنان، هما:

١ ــ حقوق متعلقة بالمال.
٢ ــ حقوق غير متعلقة بالمال.

الأولى: فقد تكون شخصية، وقد تكون عينية.

أما الشخصية فهي ما يقرره الشرع على شخص آخر، ومثاله: حق الدائن في اقتضاء دينه من المدين.

وأما العينية فهي ما يقرره الشرع على شيء، كحق الملك في الدار.

الثانية: فهي الحقوق التي لا تتعلق بالمال أصلاً، كحق القصاص، وحق الأم في الحضانة، فمثل هذه الحقوق لا تعتبر مالاً.

فتبين لنا: أن الحقوق المالية، تكون حين توجد الحقوق المحازة الرامية حسب أصلها إلى تحقيق مصالح تقوّم بالمال، وذلك كعين المبيع أو بيت السكن فهي محازة مادياً، وخاضعة لمقاييس الإنسان الحسية.

والحسية في الحق ضرورة من ضروريات الحقوق المادية.

وأما الحقوق غير المالية فهي تكون حيث توجد الحقوق الرامية إلى تحقيق مصلحة لا تقوّم بالمال أصلاً، وكما في حق الأم في الحضانة، وليس المراد من إعطائها هذا الحق غاية أو مصلحة مقوّمة بالمال أصلاً، وإنما هو ضمان مصلحة الصغار من جانب التربية والتوجيه والشفقة، التي لا بدّ منها من أجل حماية الطفل.

ولا يؤثر تقويم الحق غير المالي بالمادة، لأنه تبعاً لا أصلاً، وهو لا يؤثر في معنويته، كحق المؤلف في البحث؛ إذ القصد من تقديم المؤلفات أصلاً نشر الفكر والرأي، فهو حق علاقته بارزة في ذات الفكر المنشور، فهو حق غير مالي، وذلك للأصالة فيه ابتداء»[1].

ثانياً ـ تقسيم الملكية من حيث التمام والنقصان:

من هذا الجانب، الملكية إما أن تكون تامة وإما أن تكون ناقصة.

١ ـ الملكية التامة، وتكون بتملك الشخص رقبة الشيء ومنفعته معاً.

ومثالها: ملكية عين الشيء والانتفاع به، كملكية الدار، وملكية الكتاب، ونحوه من كل ما يتصرف به من ذات الشيء والمنفعة به.

٢ ـ الملكية الناقصة، وهي بذاتها تنقسم إلى قسمين اثنين هما:

(أ) ملكية ناقصة واقعة على العين دون المنفعة، وهو خلاف الأصل للملكية حسب خصائص الملكية في الرقبة، ولكن مثل هذا القسم حالته مؤقتة، ومن ثم لا تتعدى المنفعة إلى ملكية الرقبة، ومثال ذلك: أن يوصي مالك إلى شخص بمنفعة شيء بعد وفاته لمدة معينة، أو مدة حياته.

فملكية الرقبة تكون للورثة، ولكن يبقى الموصى له منتفعاً بها للمدة المحددة كأن تكون مثلاً خمسة عشر عاماً أو غير ذلك، ثم بعد ذلك تعود للورثة.

---

(١) انظر ما يلي: عيسوي أحمد عيسوي: المدخل للفقه الإسلامي/٢٤١.
أبو سنّة: نظرية الحق/١٨٤.
عبد الحي حجازي: نظرية الحق/٥٠ وما بعدها.

(ب) ملكية ناقصة واقعة على المنفعة دون العين، وهي أكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة، وما كان من هذا القسم ملكيته بأحد التصرفات التالية: الإجارة، الإعارة، الوقف، الوصية لأحد بالمنفعة.

ثالثاً ــ تقسيم الملكية باعتبار صورتها:

ومن هذا الجانب، الملكية تنقسم إلى قسمين اثنين ، هما:

١ ــ ملكية متميزة، وهي الملكية التي تتعلق بشيء معيّن ذي حدود مفصولة عن سواها.

٢ ــ ملكية شائعة، وهي الملكية التي تتعلق بجزء نسبي غير معيّن من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً، مثل ملكية ١/٥ دار أو ١/١٠ قطعة أرض، وهكذا.

ولا ينحصر الشيوع في ملكية الأعيان، بل يتعداها إلى الديون كأن يكون دين مشترك، ثم أن الشائع إما أن يكون في شركة العقد أو في شركة الملك.

وهو في شركة الملك عائق للتصرف، بعكس الشيوع في شركة العقد ويزال الشيوع بواحد من الآتي:

(أ) القسمة، وذلك إذا كان الشيء قابلاً لها.

(ب) إذا تعذرت القسمة، فينتفعون بها على طريقة المهايأة.

(ج) إذا تعذرت المهايأة يباع الشيء ويقسم ثمنه، كل حسب ما يملك نسبياً.

□□□

القيود الواردة على الملكية

كما قد سبق، أن للمالك وحده دون غيره، وبموجب اختصاصه بالشيء، حق الاستثمار والتصرف فيه.

ومع هذا الاختصاص، فلا يعنى به، أنه يتصرف به كيفما شاء، بل هو مقيّدٌ بضوابط شرعية، وإلا وقع تحت طائلة المسؤولية، دنيا وآخرة. فكما أنه لا يتملك إلا الشيء الحلال، فإنه أيضاً لا يعتبر مالكاً للشيء إلا إذا كان بسبب معتبر شرعاً، وخرج بهذا: المحرمات، كالميتات والدماء ونحوه.

وخرج أيضاً الكسب عن الأسباب غير المشروعة، كالقمار والكهانة والغصب. وكذلك لا يصح له أن يتصرف فيما يملكه في أبواب غير شرعية، كوضعها في الربا أو في القمار، أو في باب من أبواب الفساد.

فالملكية مقيّدة بأسبابها ومقيّدة في مواضع إنفاقها.

وحسب الأصل، أنه لا يوجد شيء في حياة الإنسان، أن يفعل ما يشاء ودون ضوابط شرعية، وهذا كلّه مقيّد بقواعد ومقاصد الشريعة، وإلا وقع تحت الجزاء.

والقيود الواردة على الملكية تتنوع إلى نوعين اثنين.

١ ــ قيود من أجل المصلحة الخاصة.

٢ ــ قيود من أجل المصلحة العامة.

أولاً ــ القيود المتوقفة على المصلحة الخاصة:

ويراد بالمصلحة الخاصة، خاصة الأفراد، وهو من ضمن هؤلاء، أي قد يمنع فيما يملك نظراً للحفاظ على مصلحته، وذلك كما في الحجر على

المجنون والسفيه.

والتقييد قد يكون قضاءً، كما في الجنون والسفه، وقد يكون ديانة كما في منعه من الإسراف في الإنفاق، وبناءً لقوله تعالى: ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾(١).

وكما في غيرها من النصوص التي تفيد الترغيب في الاقتصاد والترهيب من الإسراف والتبذير.

وقد يكون التقييد لمصلحة إنسان آخر، كما في الحجز على أموال الغارم، وذلك نظراً للحفاظ على حقوق الدائنين.

وكما في تقييد تصرفه في ملكه، نظراً لما ينتج من ضرر لآخر، كما إذا تصرف في ملكه فلحق ضرر بجاره، كمن يحفر بئراً في داره فيؤدي إلى جفاف بئر جاره، وبناءً لنهي النبي ﷺ عن الضرر، حيث يقول «لا ضرر ولا ضرار» ولقوله ﷺ: «المؤمن من أمن جاره بوائقه»، وكذلك في أي تصرف يتأذى به جاره.

والحنابلة يمنعونه من حفر بئر بجوار بئر لآخر، يؤدي إلى جفافه، وسواء كان هذا البئر في أرض موات أم في أرض مملوكة.

ووافقهم الشافعي في الأولى دون الثانية، ولأنه في الأول تصرف في ملكه، فجاز له فعله كفعله في داره(٢).

وأما فقهاء الحنفية فقالوا بأنه من حق الإنسان أن يحفر بئراً ولو كان بجوار بئر جاره، ما دام الحفر في ملكه، ولأنه غير متعدّ والماء تحت الأرض لا يملك وكمن بنى حانوتاً بجنب حانوت غيره فكسدت الحانوت الأولى بسببه، فإنه لا شيء عليه. وما يذكر من حريم للبئر فهذا يكون في الأرض الموات،

---

(١) سورة الفرقان، الآية: ٦٧.
(٢) المغني ج ٥/٥٩٦.

لا الأرض المملوكة[1]. وعلى هذا فقد توافق كل من الشافعية والحنفية، في مسألة حفر البئر. وما لم يكن متعسفاً أو قاصداً الأضرار بجاره، فآنذاك يأثم لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[2].

ثانياً ــ التقييد من أجل المصلحة العامة:

من خصائص التشريع الإسلامي، أن يُقدّم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

وقد ذكر صاحب الأشباه أمثلة عدة تحت قاعدة تمثل الضرر الخاص لأجل الضرر العام.

ومن أمثلتها:

١ ــ جواز الرمي إلى كفّار تترسوا بصبيان المسلمين، ولو أدى هذا إلى إيذاء هؤلاء.

٢ ــ وجوب نقض حائط مملوك مائل إلى طريق العامّة على مالكها دفعاً للضرر العام.

٣ ــ جواز الحجر على البالغ العاقل الحر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، في ثلاث: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، دفعاً للضرر العام.

٤ ــ التسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش.

٥ ــ منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزّازين؛ وكذلك كل ضرر عام[3].

وعند الحديث عن إحياء الموات والإقطاع فقد تبيّن أن التملك بهذه الأسباب مقيّدٌ بما لا تعدي فيه على المصلحة العامة، وكما في

---

(١) انظر الحاشية ج ٥/ ٢٨٠.

(٢) انظر الحق ومدى سلطان الدولة، في تقييده/٢٤٢ للاستاذ فتحي الدريني.

(٣) الأشباه والنظائر/٨٧.

مسألة الاستيلاء على الكلأ أو الماء، الذي يستفيد منه العامّة، وكذلك في كل ما يعتبر من المرافق المستراحة لأهل البلدة.

ونظراً لأهمية وخطر الاحتكار، نرى من الحكمة إفراد الاحتكار بالتعريف به وبأحكامه، وكذلك التسعير.

أولاً ــ الاحتكار:

الاحتكار شيء مذموم، ويأثم المرء به.

والاحتكار من حكر، والمراد: احتكار الطعام، أي جمعه وحبسه تربصاً للغلاء.

وقوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطىء»[1]، وقوله ﷺ: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يُقعِدَه بعُظم من النار يوم القيامة»[2].

وقوله ﷺ: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس»[3].

وقوله ﷺ: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[4]، وقوله ﷺ: «من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه»[5].

وقوله ﷺ: «أيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله»[6].

والاحتكار حبس السلع عن الناس وعدم بيعها.

وظاهر النصوص يفيد أن الاحتكار محرّم من غير فرق بين قوت الآدمي

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود.
(٢) رواه أحمد.
(٣) رواه ابن ماجه.
(٤) رواه ابن ماجه والحاكم.
(٥) رواه أحمد والحاكم.
(٦) رواه الحاكم.

والدواب. وذهب الشافعية إلى أن المحرّم هو احتكار الأقوات، خاصة لا غيرها. وهو رأي الحنفية وقول أحمد.

وعند الأوزاعي: الاحتكار هو اعتراض السوق بتنصيب نفسه للتردد على الأسواق ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكره.

والحاصل أن العلة إذا كانت هي الاضرار بالمسلمين فهو المحرّم، ويستوي في ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع، وخاصة في الأماكن التي تتأثر بالاحتكار، وعدّ منها الثغور.

وكل نوع من أنواع السلع منع بيعه يضرّ بالناس من جهة المطعم أو الملبس أو المسكن أو الاستشفاء، وكل موضع ذي ضرر أو حاجة لدى الناس يحظر احتكاره(1).

التسعير:

فقد ورد عن طريق أنس أنه قال: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا، يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعِّر، وإني لأرجو أن ألقى الله عزّ وجلّ، ولا يطلبني أحدٌ بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال»(2).

وقد استدل بهذا النص وبما ورد في معناه على تحريم التسعير، وأنه مظلمة. ولأن من خصائص الملكية أن الناس مسلطون على أموالهم، وفي التسعير حجر عليهم، وأن الإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وكما أنه يراعي المشتري فكذلك يراعي البائع.

وإن إلزام صاحب السلعة بأن يبيع بما لا يرضى به منافٍ لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾(3)، وإلى هذا خص جمهور

---

(1) انظر: نيل الأوطار ج ٥/٢٥٠، الاختيار لتعليل المختار ج ٤/٢٠.
(2) رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه الترمذي، نيل الأوطار ج ٥/٢٤٨.
(3) سورة النساء، الآية: ٢٩.

العلماء[1].

ومذهب الحنفية: أنه إذا حصل احتكار فإنه يجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا يسعّر عليهم.

وعبارتهم: ولا ينبغي للسلطان أن يسعّر على الناس وإنما يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله، فإن امتنع باع عليه، إلا أن يتعدى أربـاب التجارة تعدياً فاحشاً في القيمة، فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة به.

نظراً لما فيه من صيانة حقوق المسلمين من الضّياع.

فعند الحنفية وإن كان توجههم نحو التسعير أمرٌ غير مرغوب فيه، فإنهم يجبرون المحتكرين على بيع ما عندهم إلى الناس وبما لا يخرج عن أسعار الناس، وقد تحاشوا التسعير بناءً للأصل، أي الحديث النبوي؛ فضلاً عن الأصل في أملاك الناس.

وهو كذلك ما قد ذهب إليه الآخرون[2].

وخلاصة القول في تقييد يـد المالـك في ملكيته من جهـة الاحتكار والتسعير. فالأمر فضلاً عن كونه منهياً عنه، أي الاحتكار، وأنه شيء مذموم، يتحمل صاحبه الإثم في الآخرة، فإنه في التسعير اتجاهان اثنان لدى الفقراء.

١ ــ اتجاه بمنع التسعير، وهو للشافعية والحنابلة.

٢ ــ اتجاه آخر، وهو للحنفية ورواية عن مالك، يجيز التسعير، وذلك ضمن شروط وضوابط معينة.

والكل متفق على حظرية الاحتكار، وأنه تصرف منهي عنه شرعاً.

فضلاً عن القول بإلزامية طرحه إلى السوق حتى يكون بين أيدي الناس فيشترونه وإلا أنفق عليه جبراً، وما هذا إلا تحاشياً للوقوع في الضرر بالنسبة للناس.

---

(١) نيل الأوطار ج ٥/٢٤٨.

(٢) الاختيار ج ٤/١٦٠، الحاشية ج ٥/٢٥٦، المغني لابن قدامة ج ٤/٢٤٤.

ومن الأمور التي تقيد فيه الملكية وتنزع، وذلك حين اقتضاء المصلحة العامة.

ومن هذا: أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفّان رضي الله عنهما، قد اشتريا ما حول المسجد النبوي الشريف من دور وأملاك خاصة، وألحقوها بالمسجد الشريف.

واستدل الفقهاء من هذه الحادثة أنه يصح لولي الأمر أن ينزع الملكية الفردية وذلك للصالح العام كمسجد أو طريق أو مستشفى أو ثكنات عسكرية ونحوه.

وشرط أن يعطى ثمنها؛ لأنه لا يجوز أخذ مال بدون رضاه ما لم يثبت لزومه للمصالح العامة [1].

أسباب الملكية:

الأسباب جمع السبب، والسبب في اللغة، هـو كل ما يتوصل به إلى غيره [2].

وأما في الاصطلاح: هو الوصف الظاهر المنضبط الـذي دلّ الدليـل السمعي على كونه معرّفاً لحكم شرعي.

ومثاله: اعتبار وجعل الزنا سبباً لوجـوب الحد، وجعـل الوقت سبباً لوجوب الصوم، وجعل ملك النصاب سبباً لوجوب الزكاة.

والقول بجعل الشرع: لأنه السبب لا يوجب شيئاً لذاته [3].

وبالإمكان القول: إن السب هو ما يوجد عنده الحكم لا به.

وللملكية أسبابٌ متعددة، منها ما هو مشروع، ومنها ما هو غير مشروع.

والأسباب المشروعة تتمثل بإيجاد الحيازة والملكية للشيء بعد أن كان

---

(١) وفاء الوفا بأخبار المصطفى ج ٢/٤٨٢، نقلاً عن القيود الواردة على الملكية/٥٦.

(٢) مختار الصحاح مادة سبب.

(٣) تسهيل الوصول إلى علم الأصول/٣٢٣.

هذا الشيء في عداد المباح اللامملوك لأحد من الخلق، ومن هذا القبيل: سببية إحياء الأرض الموات، وسببية الاستيلاء على الأشياء التي لا يملكها أحد من الناس.

وأما الأسباب الناقلة فتتمثل بانتقال الحيازة والملكية للشيء المملوك من يد إلى يد أخرى، وقلنا بالانتقال لأن ملكيته موجودة لا معدومة.

ومن هذا القبيل: العقود الناقلة، كالبيوع والهبات والإجارات، ونحوها. وكذلك كان من باب التولّد، كتولّد الشجر من الأرض المملوكة، وكذلك تولّد الحمل من الشاة، وعدّ من هذه الأسباب: سببية الخلفية، أي الميراث.

□□□

ما أقرّه الشرع من أسباب الملكية

أقرّ الشرع أسباباً لوجود الملكية، وهي:

١ ــ إحراز المباحات.

٢ ــ الخلفية.

٣ ــ العقود[1].

القسم الأوّل من أسباب الملكية
إحراز المباحات

التعريف بالمباحات:

المباحات جمع لمباح، والمباح: هو الشيء الذي لا يدخل في ملكية أحد من الناس بمعنى أنه غير مملوك وقت الاستيلاء عليه لأحد.

والاستيلاء على ما لا مالك له من الخلق يعتبر سبباً منشئاً للملكية، ويكون بوضع اليد، وهو يثبت الملكية بعد أن لم تكن، لأن المال المباح قبل الاستيلاء عليه لا يوصف بالمملوكية[2].

وسببية إحراز المباحات متنوعة جوانبه، وهي:

١ ــ إحياء الأرض الموات.

٢ ــ الاستيلاء على الكلأ والآجام والماء.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم/٢٨٦.

(٢) مختار الصحاح مادة موت.

٣ ــ الصيد.
٤ ــ الاستيلاء على الكنوز والمعادن.

أولاً ــ إحياء الأرض الموات:

الموات في اللغة من الموت، ضد الحياة، والمُوات بضم الميم، أي الموت، وبالفتح: ما لا روح فيه، والأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد[١].

وأما في الاصطلاح: فهي ما لا ينتفع به من الأرض.

وقيل فيها: هي الأرض الدائرة المنفكة عن الاختصاصات وعن ملك معلوم[٢].

وتوضيح الأمر فيها:

إن هذه الأرض إن كانت مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه، وحال كونها خارجة عن العمران بعيدة عنه، وقام شخص بإحيائها، بتحويلها من خراب إلى عمار، أو استثمار باستصلاح ذاتها.

وليست بمملوكة لأحد، فإنه وبإحيـائه لها يملكهـا سوى أن الفقهـاء اختلفوا في إذن السلطان، هل يشترط في ملكيته لها إذن السلطان في إحيائها أوْ لا؟

فمذهب الإمام أبي حنيفة: أن الملكية لا تثبت بالإحياء إلا إذا أذن فيها السلطان، وإلاّ فلا[٣]؛ ومستدلاً بقوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به»[٤]. وأنه بالأذن يمنع التخاصم والتزاحم بين الناس.

---

(١) الهداية ج ٩٨/٤.
(٢) التعريفات للجرجاني.
(٣) ابن عابدين: الحاشية ج ٢٧٨/٥، الشعراني: الميزان الكبرى ج ٩٧/٢.
(٤) رواه الطبراني، من حديث معاذ، وفيه ضعف، انظر: الزيلعي: نصب الراية ج ٢٩٠/٤.

ومذهب الآخرين من الشافعية والمالكية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة أن تملّك الأرض بإحيائها لا يتوقف على إذن من الإمام السلطان[1].

واستدلوا بحديث رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[2].

واستدلوا بالمعقول؛ وهو أنه مال مباحٌ سبقت يده إليه فيملكه كما في الحطب والصيد.

وأما إذا كانت الأرض مملوكة لأحد، فليس لأحد ما تملّكها بإحيائها[3]. فلو ترك شخصٌ ملكاً له، لسبب من الأسباب، أو تهدم بيت أو خراب أرض فقدت انتاجها لسوء الاستغلال، ووضع آخر يده عليها، فقام ببنائها أو باستصلاحها، فلا تتحول ملكيتها إليه، بل تبقى لمالكها، ولو مات كانت من جملة ميراثه[4].

وبالإمكان إطلاق هذا الحكم على ما يتركه المسلم وراءه من أملاك بناءً كانت أم أرضاً، أم غيرها، وذلك لسبب التهجير أو غيره، فملكيتها له وإن خربت أو تغيرت معالمها، ومهما طالت السنين والأيام، فهي مملوكة له ولورثته من بعده، وإن سادها ألف مالك مزوّر.

والأرض الموات قسمان:

القسم الأوّل: وهو ما لم يقع عليه ملك أصلاً، وهو ما يسمى بعادي الأرض، وهذا يملك بالإحياء بغير خلاف.

القسم الثاني: وهو ما وقع عليه ملك سابق. وهو أنواع، وهي:

١ ـ ما له مالك معيّن، وهو ضربان:

---

(١) الميزان الكبرى ج ٢/٩٧، فتح القدير ج ٧/٧٤.
واستثنى المالكية فيما كان قريباً من العمران.

(٢) روا الترمذي والنسائي، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح/نصب الراية ج ٤/٢٨٩.

(٣) فتح القدير ج ٧/٧٤.

(٤) المدخل للفقة الاسلامي/١٢١.

(أ) ما ملك بشراء أو بعطية ولم يترك، فلا يملك بالإحياء بغير خلاف لوقوع يد مالك معين.

(ب) ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى اندثر، فعند الجمهور لا يملك بالإحياء وعند المالكية: يملك لعموم قوله ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»(١).

وحجة المالكية: أن أصل هذه الأرض مباحٌ، فإذا تركت حتى اندثرت وصارت مواتاً، عادت إلى الإباحة، كالصيد يخرج من يد صائده، فيلحق بالوحش فهو لمن صاده بعد ذلك.

٢ ــ ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي، فهذا يملك بالإحياء، لأن ذلك الملك لا حرمة له.

٣ ــ ما جرى عليه ملك في الإسلام لمسلم، أو لذميّ غيرمعين.
ففي ملكية هذا النوع بالإحياء خلاف ضمن آراء ثلاثة، هي:

الرأي الأول: أنه يملك بالإحياء، وهو رأي المالكية، ورواية عن أحمد.

الرأي الثاني: لا يملك بالإحياء، لأنه جرى عليهما ملك معصوم، فهي لورثته وإن لم يكن من وارث ورثه المسلمون، وبه قال الشافعية، وهو رواية عن أحمد.

الرأي الثالث: وهو أن شأنه شأن اللقطة، فيكون لبيت المال، وبتصرف الإمام، وهو رأي الحنفية(٢).

وهناك نوعٌ في التحجير(*)، كأن يحجّر أرضاً مواتاً لإحيائها.

---

(١) رواه الترمذي والنسائي.

(٢) ابن عابدين: الحاشية ج ٥/٢٧٦، ملكية الأرض/٧٨، نظرية التملك/٩١.

(*) التحجير كلمة إما أن تكون من الحجر بفتح الجيم، وكأنه أعلم بوضع الأحجار حوله، لأنهم كانوا يفعلون ذلك، وإما أن تكون من الحجر بتسكين الجيم وكأنه أعلم بحجْر الغير من إحيائها.

وهو محدد بثلاث سنين، فإن بناها أو أصلحها فهي له، وإلا فلا. أي لا يملكها إذا انتهت المدة ولم يبنها أو يصلحها.

وأخذها الإمام السلطان المسلم ودفعها لغيره.

وهذه المدة المشروطة في أية أرض حجرت، كانت بموجب قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق»[1].

ومسألة التحجير هذه وكونها سبباً في الملكية لم يتفق عليها، بحيث لو أقدم آخر على إحيائها، فحسب ما قاله عمر رضي الله عنه وحكم به وأنه يملكها إن أصلحها قبل مضي السنوات الثلاث، وإلا نزعت منه.

وفي رأي آخر وهو لعامة الفقهاء: أن التحجير غير مملّك أصلاً، وبحيث لو أقدم آخر، فأحياها خلال هذه المدة يعتبر مالكاً، ولأن الأرض المقطعة أو الموات تملك بالإحياء، لا بالتحجير، بخلاف الرأي الأول الذي يقول بتملك الموات بمجرد التحجير، فلا يحق لآخر الإقدام على إحيائها خلال هذه المدة[2].

ثانياً ــ الاستيلاء على الكلأ والآجام والماء:

الأصل في هذه الأشياء الإباحة، وانها غير مملوكة لأحد، وأنه لا يمنع من تملكها أحد؛ فهي أشياء مباحات الأصل.

وبناء لقوله ﷺ «المسلمون شركاء في ثلاثة، في الماء والكلأ والنار»[3].

والأصل في الماء قبل الإحراز أنه شركة بين الناس، وبسائر أنواعه سوى الماء المحرز، لأنه من تلازم الملك وهو الاختصاص وعدم الاشتراك وهو إجماع.

---

(١) قاله عمر رضي الله عنه في خصومة رفعت إليه في قضية التحجير، انظر نصب الراية ج ٤/ ٢٩٠، وانظر ابن عابدين: الحاشية ج ٥/ ٢٧٨.

(٢) الاتجاه الجماعي/ ١٣٧.

(٣) رواه أحمد وأبو داود، نيل الأوطار ج ٥/ ٢٤٤.

والمياه أنواع أربعة، هي:

١ ـ ماء البحار، ولكل أحد فيها حق الشفّة(*) وسقي الأراضي فلا يمنع من الانتفاع على أي وجه شاء.

٢ ـ ماء الأودية العظام، كالأنهار ونحوها، للناس فيها حق الشفّة مطلقاً، وسقي الأراضي إن لم يضرّ بالعامة.

٣ ـ ما دخل في المقاسم، أي المجاري المملوكة لجماعة مخصوصة، فلا يمنع منها حق الشفّة.

٤ ـ الماء المحرز في الأواني، ينقطع حق غيره عنه(١).

والمحرز من الماء، كالمحرز في الكوز أو الخزان، أو الصهريج، وهو ملك لمن أحرزه، ولا يحق لأحد الانتفاع به إلا بإذن صاحبه، لملكه بإحرازه.

فمن سيق إلى شيء من الماء فوضعه في وعاء أو غيره، فهو أحق به، وهو ملك له دون من سواه؛ فيجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك، وهو موروث عنه، وتجوز فيه وصاياه وإن أخذه أحدٌ منه بغير إذنه ضمنه.

وما لم يسبق إليه أحدٌ فهو لجماعة المسلمين، مباحٌ وليس لأحد منع من قصده وأخذه لنفسه.

وأما الكلأ فهو النبات، وما ينبسط وينتشر، ولا ساق له كالأذخر ونحوه.

والكلأ كالماء، ما لم يحرز، وهو على أنواع، وهي:

(*) الشفّة بفتح الشين والفاء، والمراد به: شرب بني آدم والبهائم، ويدخل فيه ما يحتاج إليه، كالطبخ والوضوء والاغتسال وغسل الثياب ونحوه.
وأما الشرب بكسر الشين، هو الماء والحظ، أو المورد ووقت الشرب. ومشرعاً هو: نوبة الانتفاع بالماء، أي وقته وزمانه سقياً للزراعة والدواب، انظر: الحاشية لابن عابدين ج ٥/٢٨١.

(١) نفس المرجع.

١ ـ ما نبت في أرض غير مملوكة، لأحدٍ، فالناس شركاء في الرعي والاحتشاش منه كالشركة في ماء البحار.

٢ ـ ما نبت في أرض مملوكة بلا إنبات صاحبها، فهو كالسابق، وليس لصاحب الأرض المنع من الدخول في أرضه.

٣ ـ ما نبت في أرض مملوكة بصنعه، أو أنه قد احتش الكلأ ، فهو ملك له وليس لأحد أخذه لحصوله بكسبه.

وإن لم يجد كلأ في أرض مباحة قريباً من تلك الأرض، يقال لمالك الأرض، إما أن يقطع وتدفع إليه، وإما أن تتركه ليأخذ قدر ما يريد، وهذا إذا لم يكن الكلأ بإنباته أو باحتشاشه.

وذات الحكم في الماء إذا كانت بئراً أو جوفاً أو نهراً في ملك رجل، فله أن يمنع مريد الشفّة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماءً بقربه فإن لم يجد يقال له؛ أي لصاحب البئر: إما أن تخرج الماء إليه أو تتركه ليأخذ الماء، ويشرط ألا يؤذيه بتخريب موضع الماء.

ولو منعه من الماء، وهو يخاف على نفسه أو دابته العطش، كان له أن يقاتله، حتى وإن كان الماء محرزاً في المحرزة[١].

وأما الآجام:

الآجام من أجم بالفتح، وهي الأجمة بالتحريك: الشجر الكثير الملتف جمع أجم وبضمتين، وكذلك هو القصب[٢].

والآجام تقصد في الملكية، فإن كانت في أرض مملوكة، فإنه لا يصح الاستيلاء عليها، ولا يعتبر مسوغاً شرعاً.

وأما إذا كانت في أرض غير مملوكة، فالناس فيها عل مبدأ الشركة

(١) الحاشية ج ٥/ ٢٧٥.

(٢) القاموس المحيط مادة أجم وكذلك مختار الصحاح.
معجم لغة الفقهاء/ ٤٤.

العامة، فمن أحرز منها شيئاً كان مالكاً له.

والآجام غير الكلأ، إذ لا يُقصد الكلأ من ملكية الأرض أو لما عساه أن ينبت فيها، بل تقصد من أجل الزراعة؛ وأما الآجام فقد تكون مقصودة لأن منفعتها واضحة[1].

الإقطاع:

الإقطاع من أقطع يقطع قطيعة، فيقال: أقطعه قطيعة، أي طائفة من أرض الخراج، يقال: أقطعه: إذا ملّكه أو أذن له في التصرف بشيء.

والإقطاع لدى الفقهاء: إعطاء السلطان شخصاً أرضاً من أراضي الدولة له ولأولاده من بعده، وهو المراد لدى الفقهاء القدامى[2].

فقد نقل عن عياض: أن الإقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً لذلك، وأكثر ما يستعمل في الأرض، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه إما أن يملكه إيّاه فيعمره، وإما أن يجعل له غلته مدة»[3].

والمتفق عليه في تعريف الإقطاع: جعل بعض الأراضي الموات مختصة لبعض الأشخاص سواء أكان ذلك معدناً أو أرضاً فيصير بذلك البعض أولى من غيره، ولكن بشرط أن يكون من الموات التي لا يختص بها أحد. وهذا أمر متفق عليه[4].

إذاً فللإمام أن يقطع من أرض الموات إلى من يختار من الأشخاص بالإقطاع، ليمتلك المقتطع ما قد أقطعه الإمام، وذلك بقصد الإحياء، لما روي أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيق «أجمع» فلما كان عمر، قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر،

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد للدكتور فراج/٥٤.
(٢) مختار الصحاح مادة قطع، معجم لغة الفقهاء/٨٤.
(٣) انظر: نيل الأوطار ج ٥/٣٥٠.
(٤) نفس المرجع.

فخذ منها ما قدرت على عمارته وردّ الباقي»[1].

وبما رُوي أنه ﷺ أقطع والد علقمة بن وائل أرضاً بحضرموت[2].

وبما رُوي أنه ﷺ أقطع ناساً، جهينة أو مزينة، أرضاً فعطلوها فجاء قومٌ فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر بن الخطاب، فقال عمر: لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردّها، ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ، فأنا أردها؟ ثم قال عمر رضي الله عنه: «من كانت له أرض، يعني من تحجّر أرضاً، فعطلها ثلاث سنين، فجاء قومٌ فعمروها فهم أحق بها»[3].

وإن جاز التملك عن طريق الإقطاع، إلا أنه يشترط فيه ألّا يكون من الأشياء التي إقطاعها يضرّ بالمصالح العامة للمسلمين، ولذلك لا يجوز الإقطاع فيما يتوصل إليه ومن غيره مؤنة ينتابها الناس، وينتفعون بها، كالملح والماء والكبريت والزفت والنفط والآبار التي يستقى منها وأشباه ذلك، ولأن مثل هذه الأشياء لا غنى للمسلمين عنها، ولذا لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين، نظراً لما فيه من ضرر بالمسلمين والتضييق عليهم.

وكما قال ابن عقيل رحمه الله: هذا من مواد الله الكريم وفيض وجوده الذي لا غنى عنه، فلو ملكه أحد بالاحتجار، ملك منعه، ففاق على الناس فإن أخذ العوض عنه أغلاه، فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة، وهذا مما لا خلاف فيه[4].

وخلاصة القول في تقييد الإقطاع: أنه لا يتملك الشخص بالإقطاع ما

---

(١) رواه أبو عبيدة في الأموال.

(٢) رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

(٣) انظر هذا في المغني لابن قدامة ج ٥/٥٧٠.

(٤) انظر: المغني ج ٥٧٢/٥، الحاشية لابن عابدين: ج ٢٧٨/٥، نيل الأوطار ج ٣٤٧/٥.

كان من باب ما لا غنى للمسلمين عنه، من المعادن الظاهرة، كمعادن الملح والنفط، والآبار التي يُسقى منها، ولا يحتاج إلى جهد وسعي.

ويدخل في هذا: ما يحييه السلطان من الموات ليتوفر فيه الكلأ وترعاه المواشي وحيث تحقق المصلحة لكافة المسلمين.

ويمنع ولاة الأمر من حمى لا مصلحة للمسلمين فيه، كأن يحجروا لأنفسهم أو لما يخصهم.

والإحياء يكون حيث لا منفعة للمسلمين فيه شاملة.

وفي هذا ما أخرجه أحمد عن ابن عمر أن النبي ﷺ حمى النقيع[1] للخيل، خيل المسلمين[2].

ثالثاً ــ الاستيلاء على الكنوز والمعادن:

المعادن عند السادة الفقهاء أنواعٌ، فهي إما جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالذهب والفضّة، وإما معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت. وإما معادن سائلة كالزئبق والنفط.

وأي منها قد يكون ظاهراً وقد يكون باطناً.

وميزة الظاهر ما كان أخذه وللانتفاع به، بيسر ودون جهد يذكر.

وميزة الباطن ما كان بحاجة إلى جهد كبير ومؤنـه، كالذهب والفضّة، من حفر وتنقيب.

ولم يتفق الفقهاء على تملكها، وتعددت آراؤهم فيها.

الرأي الأول: وهو للمالكية، وهو يقوم على اعتبار هذه المعادن وبأنواعها ملكاً للجميع، أي لجميع المسلمين، أي للدولة، وسواء وُجدت في أرض مملوكة أو في غير مملوكة.

---

(١) النقيع هو موضع يستنقع فيه الماء.

(٢) انظر: نيل الأوطار ج ٣٤٦/٥، وما بعدها، المغني ج ٥٨١/٥.

ولا يكون تملّكها تبعاً لملكية الأرض، فعلى أية جهة كانت الأرض، فما يوجد فيها من معادن هو ملك للمسلمين عن طريق الدولة، وبناءً لما يكون لجهة المصلحة العامة.

وحجة هؤلاء: أن هذه المعادن قد ملكها المسلمون يوم أن ملكوا الأرض فتبقى المعادن مملوكة لهم سواءً قسمت الأرض أم بقيت في أيدي فاتحيها أو بقيت أرضاً مواتاً مباحة.

الرأي الثاني: وهو للحنفية، ويقوم هذا الرأي على تبعية المعادن لملكية الأرض، فما يوجد من معادن في أرض مملوكة فهي لصاحب الأرض.

وإن كانت في أرض مباحة، غير مملوكة، فهي لمن استولى عليها، وحازها.

وحجتهم: أن هذه المعادن جزء من الأرض، والجزء يأخذ حكم الكل، أي الأرض.

الرأي الثالث: وهو للحنابلة والشافعية، ويقوم على أساس التبيان والتفصيل، وكما يلي:

١ ــ إذا كانت من المعادن الظاهرة، وهي في أرض موات، فلا تملك بالإحياء والاستيلاء عليها، نظراً لتعلق هذا الصنف من المعادن بمصالح المسلمين العامة، فلم يجز إحياؤه أو إقطاعه.

وكذلك الحكم بالنسبة للمعادن الباطنة، والتي لا يتوصل إليها والانتفاع بها إلا بجهد، وهذا كله إذا كانت في أراض غير مملوكة.

وأما إذا كانت في أرض مملوكة، فإن كانت من المعادن الجامدة الصلبة، فإنها لمالك الأرض، ولأنها جزء منها.

وأما إذا كانت سائلاً كالنفط، فالأرجح أنه لا يملك لقوله ﷺ «الناس شركاء في ثلاث، في الماء والكلأ والنار»[1].

---

(١) رواه الخلّال.

ولأن هذه المعادن السائلة لا تعتبر جزءاً من الأرض، فلا تملك كتبع لها[1].

وشأنها شأن الكنز، والكنز ليس من جزئية الأرض.

وفي رواية أنه يملكها تشبيهاً بالزروع والمعادن الجامدة، وكما قد سلف أن الأرجح ألا تدخل تحت نطاق ملكية الأفراد[2].

وعند الحنفية، وهم القائلون بتملكها، ينظر إلى الأرض التي وُجد فيها المعدن، فإن كانت أرض عشرية أو خراجية أخذ منه الخمس وكذلك الأمر إن وُجد في صحراء ليست عشرية ولا خراجية.

وإن وجده في داره أو أرضه، فلا شيء فيه عند الإمام، وعندهما فيه الخمس.

وإن وجد كنزاً في أرض قد اختطت لشخص، والكنز جاهلي، ففيه الخمس، والباقي للمختط له، وذلك إذا كان في أرض مملوكة من أرض أو دار.

وإن وجده في أرض غير مملوكة لأحد، فهو للواجد.

وأما إذا كان إسلامياً فيأخذ أحكام اللقطة.

وخلاصة الكلام: أن الأصل عند الحنفية في الاستيلاء على هذه الأشياء يعتبر سبباً من أسباب الملكية، شرط أن يكون تابعاً لأرضه أو لداره، أو أنه غير تابع لملك أحد.

والجمهور على خلاف هذا[3].

---

(١) القيود الواردة على الملكية/٤٣. بتصرف.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٥/٥٧١.

(٣) حاشية شلبي على تبيين الحقائق ج ١/٢٨٥، الدرالمختار ج ٢/١٣١، تبيين الحقائق ج ١/٢٨٢.

رابعاً ــ الصيد:

الصيد بفتح الصاد مصدر صاده إذا أخذه، فهو صائد وذاك مصيد، وفيه قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾[1].

وأما في الاصطلاح فهو المتوحش[*] بطبعه من الحيوان المأكول الذي لا مالك له[2]. وهو في الأصل مباحٌ، شأنه شأن جميع أنواع الكسب، وهو المذهب لدى جمهور العلماء.

ويملك الصيد بشروط يجب توفرها، وهي:

١ ــ خلّوه عن الملكية لأحد من الناس، فلو كان مملوكاً لأحد من الناس ووقع في يده فلا يعتبر مالكاً؛ فيشترط خلو المحل عن الملك.

٢ ــ الاستيلاء عليه بأحد أمرين، اثنين:

(أ) إستيلاء حقيقي، ويكون بوضع اليد، وهو يثبت الملكية للصيد باستقرار.

(ب) إستيلاء حكمي، ويكون بالتهيئة، كأن ينصب شبكة للصيد، فإنه يملك ما تعقل.

وخرج بهذا فيما لو نصبها للجفاف فوقع فيها صيدٌ، فإنه لا يعتبر ملكاً له، بل ما زال على إباحته، وأن يمتنع على الصيد الافلات حتى يمسك به صاحب الشبكة، وإلا عاد إلى الإباحة ولا يصح بيع ضربة القانص، وغوصة الغائص، لعدم الملك، إذ لا بد من وجود الملك في المحل، ولهذا لا يصح فيه من للضرر[3].

(١) سورة المائدة، الآية: ٩٦.

(*) المتوحش أي الممتنع على الناس، سواء كان طيراً أو حيوان بحري كالسمك أو حيوان بري كالنمر والغزال والارانب، وخرج المستأنس أي الأليف من الحيوانات كالحمام والإبل والبقر ونحوه.

(٢) معجم لغة الفقهاء (صيد).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم/٢٨٦.

ويشترط لإباحة الصيد وحلّه ألّا يكون في الحرم وألّا يكون محرماً، بحج كان أو بعمرة. وكما يشترط لملكية الصيد هو أن يكون الرجل الصائد قاصداً الاصطياد، ولو قصد أمراً آخر غير الاصطياد، ووقع في الشبكة أو في البئر حيوان، فلا يملك عليه، ومن سبقت يده إليه يملكه، سواء كانت يد الصائد أم يد غيره.

ومن ملك الصيد بالاستيلاء أو الحيازة أو بالشروط المطلوب توفرها، فإنه يصبح ملكه ولا ينتقل إلى يد غيره إلا بسبب ناقل للملكية، إلا إذا لم يستقر الصيد في ملكه بل ندّ وفرّ، فإنه آنذاك يعود مالاً مباحاً له ولغيره.

ومن استقر في ملكه صيْد، ثم فرّ، فعلى من وجده أن يرده إلى صاحبه، أي مالكه الأول شرط الدلالة على ذات الصيد، وإذا لم يتم التعرف عليه، أخذ حكم اللقطة من التفريق به، وإلا أنفقه على أهل الحاجة والفقر[1].

«التقادُم والملكية»:

التقادم: بضم الدال من تقادم: مضي الزمن الطويل على وجود الشيء، ومنه، تقادم الدعوى: مرور مدة طويلة يحددها النظام على الدعوى دون أن يحرّكها صاحبها[2].

فإذا وضع رجلٌ يده على شيء ـ أرض مثلاً ـ ظاهراً علنياً، وبصورة هادئة دون منازع يدّعي عكْسه، أو دون عذر يبرره، أو عيب يشوبه، فمن الحكمة والمصلحة بل من الضرورة، أن يبقى القديم على قدمه، محافظة على الاستقرار في المعاملات الاقتصادية وعلى الأمن في الحياة الاجتماعية.

وقد يكون الظاهر فعلاً، مخالفاً للحقيقة، والاعتداد بالتقادم سبباً في خسارة حقوق الناس، ولكن ذلك نادر، والعبرة للغالب الشائع لا النادر.

---

(١) الملكية ونظرية العقد/٤٩، وانظر: تفسير ابن كثير ج ٩٦/٢.
(٢) معجم لغة الفقهاء (تقادم).

فعند الحنفية، وكما في المجلة[1]: يُعدُّ مرور الزمن مانعاً من سماع الدعوى؛ ولا فرق من ذلك بين دعاوى الملك ودعاوى الدّين في الحقوق العينية والحقوق الشخصية. وأن المدة المانعة من سماع الدعوى هي خمس عشرة سنة.

وخلاصة القول: أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر التقادم سبباً مكسباً للملك، لما في ذلك من إبطال حقوق المالك الحقيقي. ولكنها تعتبر التقادم مانعاً من سماع دعوى المالك إذا تركها مدّة معينة بشروط معينة.

واستثنى الحنفية من مسألة التقادم ما يلي:

١ ــ المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام، والنهر مثلاً، فلو تصرف فيها أحدٌ خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل قرية، فتسمع دعواهم[2].

٢ ــ الوقف والحقوق العينية في عقار الوقف، كدعوى الطريق والمسيل، ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة[3].

٣ ــ الأراضي الأميرية، وحقوق الطريق الخاص والمسيل والشرب، فلا تسمع فيها الدعوى بعد مرور عشر سنين[4](*).

وإن الشريعة الإسلامية تقر القاعدة الكلية أن الحق لا يسقط بتقادم

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة/

(٢) مادة/١٦٧٥.

(٣) مادة/١٦٦١ ــ ١٦٦٣.

(٤) مادة/١٦٦٢.

(*) في البداية كان حكم مرور الزمن عند الحنفية أمراً اجتهادياً واستحسانياً، فعدوه لست وثلاثين سنة، ومن ثم وجد السلاطين العثمانيون أن هذه المدة طويلة، فأمروابعدم سماع الدعوى بعد مرور خمس عشرة سنة إلا في بعض المستثنيات.
وإذا حدّدت مدة زمنية لمنع سماع الدعوى، بغية استقرار المعاملات، وقصد قطع الحيل والتزوير، لإحتمال ضياع الأدلة من نسيان الشهود أو موتهم أو غيابهم، ويبقى الحق عند ثبوته ديانة، أي يتقاضى فيه يوم الحساب أما قضاءً فلا.

الزمن، ويؤيد هذه القاعدة الحديث الشريف «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم»[1] ومرور الزمن غير مكسب للملك، بل هو مانع من سماع الدعوى[2].

وبالتالي لا يعتبر التقادم من أسباب الملكية ذات الحيازة الشرعية، إذا كان واقع الملك فيه لذي اليد الأولى؛ ولذا وإن نفذ قضاءً لصالح واضع اليد بالتقادم فلا يصلح أن يكون حِلاً له، بل هو محاسب عليه ديانه.

وفي الفتاوى الحامدية: لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدّعي غائباً أو صبياً أو مجنوناً، وليس لهما وليٌ، أو أنّ المدعى عليه أمير جائر يخاف منه.

ونقل عن المبسوط: ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة، ولم يكن مانع من الدعوى، ثم ادّعى لا تسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن فيدل على عدم الحق ظاهراً[3].

وفيه: أن دعوى الميراث بعد خمس عشرة سنة لا تسمع إذا لم يكن هناك من عذر شرعي، وتقبل لمدة خمسين سنة إذا تركت بعذر شرعي.

ويشترط لسماع الدعوى: مجلس القضاء، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره حتى لا يجب على المدعى عليه جوابه، فهي والشهادة لا تسمع إلا بين أيدي الحكام.

وفيما لو رفعت الدعوى أمام القاضي مراراً ولم يفصل القاضي الدعوى، وقضت المدة المزبورة تسمع دعواه بذلك لأنه صدق عليه أنه لم يترك من المدة المطلوبة الدعوى عند القاضي[4].

ودعوى القصاص لا تسمع بمضي عشرين سنة، ومن استعمال الغراس

---

(١) مادة/١٦٦٢.

(٢) انظر من هذا: النظريات العامة للموجبات والعقود (محمصاني)/ ٥٧٠ ــ ٥٧٢.

(٣) الفتاوى الحامدية ج ٦/٢.

(٤) نفس المرجع.

والتصرف فيها لا تسمع الدعوى بعد مضي خمس وعشرين سنة.

وخلاصة القول: أن مرور فترة زمنية على وضع اليد، ولا منكر عليه أمام القضاء، حسب الفترة الزمنية المحددة والتي يراها القاضي المسلم، تعتبر فاصلاً من التقادم.

وإن كان الوقت الراجح خمس عشرة سنة إلا في مستثنيات[1].

القسم الثاني من أسباب التملّك
الخلفية

الخلفية سبب من أسباب التملّك، يجبر عليه ولا اختيار له في قبوله أو رفضه. وهو سبب تمليكي وتملكي في آن واحد، ولا رأي فيه للمورث ولا للوارث. إذ الميراث سببٌ ناقلٌ للملكية جبراً.

وكل أسباب التملّك اختيارية سوى هذا السبب فهو إجباري في دخول الملكية إلى ذمة الشخص الوريث، وسواء رضي بهذا أم لا.

وقد قال سبحانه: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساءً فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك . .﴾[2].

تولاها الله تعالى بذاته، ففرضها وقدّرها وألزم بها، دون التوقف على إذن حاكم أو قريب، أو رضا المورث أو الوريث نفسه.

وقد تميز هذا السبب بهذه الخصيصة، لأن الإرث خلافة، يحلّ فيها الوارث محل المورث، ودون توقف على اختيارهما.

هو سبب جبري، التمليك والتملّك باعتبار الشرع، وقلت اعتباراً، لأن

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد/٣٧.

(٢) سورة النساء، الآية: ١١.

طبيعة الملكية تقتضي رضا الطرفين معاً، كما هو شأن العقود.

وخرجت هذه الملكية عن هذه القاعدة نظراً لاعتبار الشرع، وما كان اعتبارياً كان حقيقة في أحكامه وآثاره.

وفي هذا يقول الشافعي رحمه الله: لم أعلم أن أحداً من المسلمين خالف في أنه لا يكون على أحد يملك شيئاً إلا أن يشاء أن يملكه، إلا الميراث فإن الله عزّ وجلّ جعل ملك الأحياء إذا ماتوا من مورثهم شاؤوا أم أبوْا.

ولم أعلم أحداً من المسلمين اختلفوا في أن يخرج ملك المالك المسلم من يديه إلا بإخراجه هو نفسه ببيع أو هبة أو غير ذلك[1].

وخرج بهذا القيد كل من الهبة والوصية ونحوهما، حيث لا بدّ من رضا الموهوب له ورضا الموصى له، والقبول بما قد وُهب أو أوصي به.

لأن الهبة تمليك بلا مقابل، وكذلك الوصية، لكنها تتوقف على رضا الطرفين، وبخلاف الميراث، وحيث لا توقف في هذا.

القسم الثالث في أسباب التملك
العقود

والمراد بها: العقود التي تنقل الملكية، وهي ــ العقود الناقلة ــ السبب الغالب على انتقال الملكية، وحيث مقتضيات الحاجات لدى الناس، والتي لا تسدّ إلا بالأخذ والعطاء فيما بينهم.

فكانت العقود هي الصورة الضابطة للحفاظ على الملكية وانتقالها بالطريقة الشرعية، وكون العقد سبباً ناقلاً للملكية يقتضي أن يكون المعقود عليه مملوكاً في عهدة ذمته. وإلا فهو من المباحات التي لا بد لواحد عليها، وهي لمن سبق إليها، كما مرّ آنفاً.

(١) انظر: منهاج الطالبين للأنصاري ج ٧٦/٢، مغني المحتاج ج ١١١/٢، ملكية الأرض/٨٦.

وهذا يتطلب بحثاً عن العقد ومقوماته وسائر متعلقاته، والتي تخضع المعاوضات وسائر العقود لها، ونقدم على ذكر هذه المقومات ومتعلقاتها وخاصة التي تخدم عقود المعاوضات، من بيع وإجارة وشركة، ونحوها.

وهو تحت المباحث التالية:

- المبحث الأول: العقد ومقوماته.
- المبحث الثاني: الشروط والعقود.
- المبحث الثالث: الخيارات والعقود.
- المبحث الرابع: أقسام العقود.

هذه المباحث تتضمن نقاط عدة تُعرف في ثنايا طياتها، بحيث يكون في غاية الوضوح والانضباط.

●●●

الفصل الثّاني

في العُقُود

فـي العقـود

التعريف بالعقد:

العقد في اللغة بفتح العين وتسكين القاف وضم الدّال: اسم من عَقَد، على وزن فَعْلَ من فَعَلَ.

وهو بهذا المعنى اللغوي يعنى به الرابط والشدّ، يقال: عقدت الحبل أي ربطته أي ربط بين الحبلين بعضهما ببعض.

وهذا المعنى الحسّي للعقد، وهو الأصل، ثم حُمِلَ إلى كل ما أفاد الربط في المعاني الحكمية، كما في البيع والعهد والقلب.

يقال: عقدت البيع إذا ربطته، أي ربطت بين طرفي البائع والمشتري.

وعقدت العهد، إذا ربطت عهداً بينك وآخر.

ومنه: اعتقدت بكذا، أي إذا آمنت به، واشتد قلبك بـه، ومن هذا كلمةً: عقيدة، ومعتقد واعتقاد.

والعُقْدة: موضع العقد، وهو ما عُقِد عليه.

والعِقْد بكسر العين، أي القلادة.

فمن جهة اللغة، فقد تعددت معاني العقد، لأنه شامل لما فيه ربطٌ، في كل من الحبل والبيع والعهد والقلب(١).

وأما في اصطلاح الفقهاء فالعقد هو الربط بين طرفي الإيجاب والقبول. كما في عقد البيع، فهو الربط بين طرفي الإيجاب والقبول المتمثل بكل من

---

(١) القاموس المحيط مادة: عقد، وكذلك مختار الصحاح.

جهتي البائع والمشتري. وكما في عقد الإجارة، فهو الربط بين طرفي الإيجاب والقبول المتمثل بكل من جهتي المؤجر والمستأجر.

الفرق بين العقد والتصرف:

التصرف هو عبارة عن كل ما يصدر عن الشخص، وأما في الاصطلاح فهو: كل ما يصدر عن شخص بإرادته ورتّب عليه الشارع نتائج حقوقية.

والعلاقة التباينية بين العقد والتصرف تكون بالتبيان التالي:

التصرف يقسم الى قسمين اثنين، هما:

١ ــ تصرف فعلي.

٢ ــ تصرف قولي.

أما الأول فهو ما كان قوامه عملاً غير لساني مثل: إحراز المباحات والإنفاق.

وأما الثاني فهو بنفسه ينقسم إلى قسمين اثنين:

١ ــ تصرف عقدي.

٢ ــ تصرف غير عقدي.

فأما التصرف العقدي فقوامه أن يتكون من قولين جانبين يرتبطان. أي ما يكون فيه اتفاق ارادتين، كالبيع والإجارة والشركة.

وأما غير العقدي فهو على وجهين:

١ ــ نوع منه يتضمن إرادة انشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة.

فهذا النوع عند فريق من الفقهاء قد اعتبر عقداً، نظراً لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطة للحقوق، فهي في نظرهم عقودٌ وحيدة الطرف، كالعقود ذات الطرفين من حيث الإرادة والمنشئة.

٢ ــ نوع لا يتضمن إرادة منصبّة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، لكنه من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية، وذلك مثل: الدعوى والإقرار

والإنكار والحلف.

فهي إخبار لا يترتب عليه مؤاخذات وأحكام قضائية متعددة. فما كان من هذا النوع يعتبر تصرفاً قولياً محض، وليس فيه أية شبهة عقد. وعند البعض الآخر بل هو داخل في مضمون العقد[1].

وأن العقود بهذا المعنى التوسعي يكون مرادفاً للفظ «التصرف» ولأن التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليه أثراً شرعياً في المستقبل.

والبعض الآخر لم يرتضي هذا، وقال: إن التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الإرادة المنفردة، ولما يلي:

١ ــ إن التصرف لا يختص بالأقوال بل يشمل الأفعال، وهو قولي وفعلي: والقولي يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقود، ولو بمعناه الواسع والدعوى والإقرار.

الوعد:

الوعد هو التعهد، وإذا كان مجرداً فهو تعهد لا يستند إلى سبب[2].

والوعد عند الوفاء به هو شيء محمود عليه، إذ الوفاء بالوعد يعتبر آية من آيات الإيمان؛ ولو كان العكس، أي الخلف به، فيعتبر شيئاً مذموماً، ولأن الخلق بالوعد آية من آيات النفاق؛ وفي هذا قوله ﷺ: «آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان»[3]. وفي رواية «أربعٌ من كنّ فيه كان منافقاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر، وإذا عاهد غدر»[4]، ويكون أشر الخلق ذلك الذي يعد ومن نيته عدم الوفاء

---

(١) هو الإمام محمد أبو زهرة رحمه الله.

(٢) انظر: النظرية العامة في الموجبات والعقود/٣٤٧.

(٣) رُوي في الصحيحين عن طريق أبي هريرة.

(٤) رُوي في الصحيحين عن طريق عبد الله بن عمرو بن العاص.

بوعده، ويكون أيضاً مخالفاً في الوعد ذلك الذي يعد ومن نيته الوفاء ثم يبدو له التخلف فيخلف من غير عذر له في الخلف، فهو أيضاً أثم نـظراً لهذا الخلف[1].

هـذا من حيث الجزاء الأخـروي ـ ديـانـة ـ وأمـا من حيث الجـزاء القضائي أي: الحياة الدنيا، ومن حيث الإلزام وعدمـه، فقد تعـرض لهذه المسألة السادة الفقهاء، فجاءت أقوالهم على الشكل التالي:

١ ـ الوجوب والإلزام، وهو مذهب بعض الفقهاء كابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر.

٢ ـ مجرد الوعد غير ملزم إلا إذا اقترن بذكـر السبب، أو أن أدخل الموعود في كلفة، فحينئذ يلزمه الوفاء بما وعد، وهذا القول محكي عن الإمام مالك.

٣ ـ عدم الإلزام والوجوب، وهو رأي جمهور الفقهاء، وهو الراجح إلا إذا كان الوعد معلقاً على شرط، مثل قوله: بعْ هذا الثوب لفلان، وإن لم يعطك الثمن فأنا أعطيك، ولم يعط المشتري الثمن، فيلزم الواعد بأداء الثمن المذكور، بناء على وعده المعلّق، لاعتباره كفالة لازمة وإلا فلا[2].

ومثل هذه التصرفات القولية، وإن ترتب عليها أحكام، ولكن لا تعد عقوداً بوجه من الوجوه. فالمناسب أن التصرف أعم من العقد عموماً مطلقاً.

فكل عقد تصرف ولا عكـس، أي ليس كل تصرف عقداً.

وهذا ما يسمى بالعموم والخصـوص المطلق بين الشيئين في عـلاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه[3].

---

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي/٤٠٤.

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية مادة/٨٤، وانظر: محمصاني في النظر في المـوجبات والعقود/٣٤٧ المحلى لابن حزم ج ٨/١١٢٥، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢/٣٧٢.

(٣) مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام ج ١/٣٠٨.

وقد يطلق على العقد اتفاق، لكنه ذو أثر شرعي، أي إنشاء العلاقة الإلزامية. وليس كل اتفاق عقداً، فلو اتفق اثنان على نزهة أو على قضاء سهرة معاً، فلا عقد بينهما، حيث لا ارتباط إلزامي لعلاقة إلزامية فيما بينهما.

وقد يقرب من كلمة العقد العهد، فيقال: عاقده أو عاهده، بمعنى واحد. وفي عذا تعريف المجلة للعقد «التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول، والانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»[1].

ونظراً لأهمية التعامل فيما بين الناس، وحيث التوقف عادة على جهتين اثنتين، فقد اعتبر ما يحصل من كلام أو نحوه بين طرفين صالحين للتعامل وبمقومات معينة، قد ارتبط بعضه بالبعض، كما يرتبط الحبل بالحبل ويعقد فيما بينهما.

فقد تنزّل فيما بين الطرفين مقام ما بين الحبلين المنعقدين ببعضهما البعض، ولذا فهو عقد.

والوفاء بالعقد أمر واجب وإلزامي، وكما في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[2]، فيلزم بالعقد وبآثاره، ديانة وقضاءً.

في مقومات العقد:

المراد بالمقومات ما يقام به العقد، بما يتطلب من أركان وشروط وضوابط، وحيث يتأثر العقد بها وجوداً وعدماً وخللاً.

فوجود العقد متوقفٌ على الأركان.
وعدمه متوقف على فقدانها أو بعضها.
ونقصانه بما يوجد من خللٍ وعيوب..
وهكذا.....

(١) انظر: المجلة مادة/١٠٣، ١٠٤، وانظر: محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

شرح وتبيان المقومات:

أولاً ـ في الأركان:

الأركان جمع لكلمة ركن، والركن في اللغة من رَكَنَ، يقال: ركن إليه، أي مال إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسّكم النار﴾[1].

وركن الشيء أي جانبه الأقوى، وهو ما يؤي إليه ويستند عليه. نظراً لقوته ومنعته. ومنه ركن البيت، أي ما يحمل عليه البيت ويقوم[2].

هذا في اللغة، وأما في الاصطلاح فالركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلاً في ذات الشيء نفسه.

كما في القراءة وكونها ركن في الصلاة، وكذلك الركوع والسجود، وهكذا..

وهذا التعريف العام للركن من الناحية الأصولية، وأما من جهة الركنية في العقود، فهو الإيجاب والقبول، وبيانه لدى الفقهاء:

قال الحنفية: أركان العقد كما هو ظاهر في تعريفاتهم، هو الإيجاب والقبول، وعلى الإيجاب والقبول يتوقف العقد والانعقاد.

قال صاحب الهداية: البيع ينعقد بالإيجاب والقبول.

والمراد بالانعقاد: تعلق كلام أحد الطرفين العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في محله[3].

وكان الإيجاب والقبول ركن البيع لأنهما يدلان على التبادل أو ما يقوم مقامهما. وكذلك الأمر عند الحنابلة أن العقد ينعقد بالقول الدال على البيع والشراء، وهو: الإيجاب والقبول، وبالمعاطاة[4].

---

(١) سورة هود، الآية: ١١٣.

(٢) القاموس المحيط مادة ركن.

(٣) انظر: الهداية بشرح العناية الفتح ج ٢٤٨/٦.

(٤) المغني ج ٥٦٠/٣، منار السبيل ج ٣٠٦/١.

وعند المالكية: أركانه ثلاثة: العاقد والمعقود عليه والصيغة. ويكفي في الصيغة: كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة(1).

وعند الشافعية: أركان العقد ثلاثة عاقد ومعقود عليه وصيغة(2).

وكما يبدو جلياً عند التحقيق أنه وإن تعددت أركان العقد وتباينت بين بعضهم البعض، فهو تباين شكلي لفظي نظراً للوصول لنفس النتيجة.

قول الحنفية بالركنية على الإيجاب والقبول متوافق مع قول الآخرين على العاقد والمعقود عليه والصيغة، لأنه لا إيجاب ولا قبول بدون موجب وقابل ولا عقد على شيء وهمي ولا يظهر أثر الانعقاد عليه.

وهذا ما أفصح به شارح الهداية: وأما ركنه بالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدّال على الرضا بتبادل الملك فيهما(3).

فما لا يوجد العقد إلا به هو، عاقدان + معقود عليه + صيغة.

وهذه مقومات العقد الأساسية التي تمثل الركنية، ولا وجود للعقد، إلا بها.

١ ــ العاقد وما يجب فيه:

وجود العاقد في العقد ركن من أركانه ومقوّم من مقومات وجوده.

وقد اشترط في العاقد الأهلية والصلاحية لإنشاء العقود، وإلا فلا وجود له. ومن ثم ينبغي تبيان الأهلية اللازمة في العاقد وحتى يكون صالحاً للتحمل والأداء.

والأهلية هي الصلاحية، يقال: فلان أهلٌ لذلك، أي صالح له. والإنسان تبعاً للمراحل التي يمرّ بها في حياته الدنيا، تتنوع صلاحيته بتنوع هذه المراحل.

---

(١) أسهل المدارك ج ٢/٢٢٠.
(٢) مغني المحتاج ج ٢/٣.
(٣) فتح القدير ج ٢٤٨/٢.

والمراحل هي:

١ ـ مرحلة الأجنّة.

٢ ـ مرحلة ما بعد الولادة إلى ما قبل بلوغ سن التمييز.

٣ ـ مرحلة سن التمييز إلى ما قبيل البلوغ.

٤ ـ مرحلة البلوغ فما بعدها.

ولكل مرحلة من هذه الأنواع صلاحية متناسبة معها، ولذلك قسمت الأهلية إلى قسمين اثنين، وكذلك كل قسم إلى اثنين.

القسم الأول من الأهلية
أهلية الوجوب

وأهلية الوجوب هي صلاحيته لوجوب الحقوق الشرعية له. وهي أهلية من بعد لا يزال جنيناً في بطن أمه.

وميزة هذه الأهلية أنها تصلح لأن يجب له الحق كالإرث والوصية والنسب ودون صلاحيتها لوجوب حق عليه.

(أ) أهلية الوجوب الناقصة:

وفي هذه المرحلة، النفس لا تملك الذمّة الكاملة، بل هي قاصرة، والذمّة(*) هي محل الوجوب؛ وإنما تثبت هنا الأهلية نظراً لكونها لا توجد إلا بقيام الذمة الصالحة، والذمة هنا ناقصة أو قاصرة، فكانت الأهلية قاصرة مراعاة لوضع الذمة إذ التعلق الكامل لا يكون إلا بالذمة الكاملة، وفي هذه المرحلة لا يجب عليه شيء البتة.

(ب) أهلية الوجوب الكاملة:

هي صلاحيته لوجوب الحقوق له وعليه.

(*) الذمة في اللغة العهد، وفي الشرع نفس لها عهد سابق، والمراد بالنفس ما يشير إليه كل واحد بقوله (أنا). والمراد بالعهد السابق، العهد الذي عاهد الإنسان ربّه يوم الميثاق.

وتحصل له هذه الأهلية عقب ولادته، فإذا ما وُلد وُجدت له ذمة صالحة لتعلق الحقوق بها؛ وعلى وجوب الحقوق له وعليه إجماع الفقهاء[1].

ولكن تعلق الحقوق ووجوبها عليه ليس على الإطلاق، بل هناك من الحقوق ما لا تجب عليه.

وفيها ينظر إلى نوعية الحقوق، فإن كانت من باب دخول شيء إلى ملكيته كأن يشترط له الوليّ شيئاً ما، فإنه يثبت له، ووجب في ماله الثمن.

وإن كان الحق من باب حقوق العباد وكان من باب الغرامات أو العوض أو النفقة فإنه يلزمه؛ ولو حصل من الولد في هذه المرحلة أن أتلف مال آخر فإنه يضمن، وكذلك في ثمن المبيع ولزوم النفقة، كنفقة الأقارب، ولأنها مؤنة متعلقة باليسار فإن كان معسراً فلا.

والمقصود إزالة حاجة القريب بوصول كفايته إليه، وذلك بالمال عن طريق أداء وليه. وأما ما كان من باب العقوبة كالقصاص أو الجزاء كحرمان الميراث فإنه لا يجب عليه، لأنه لا يصلح لحكمه، وهو المطالبة بالعقوبة أو الجزاء وليس ضرب الصبي هذا من قبل وليه معتبراً من باب العقوبة، بل هو من باب التأديب.

وأما ما كان من باب حقوق الله تعالى، فإنها تجب عليه متى صح القول بحكمه، كالعشر والخراج، فإنهما في الأصل من المؤن، ومعنى العبادة والعقوبة فيهما ليسا بمقصودين، والمقصود منهما المال، وأداء الولي في ذلك كأدائه.

ومتى بطل القول بحكمه لا يجب عليه كالعبادات الخالصة، كالصوم والصلاة والحج وغيره، إذ العبادة فعل يحصل عن اختيار على سبيل التعظيم، ولا يتصور ذلك منه. وكذلك الأمر في العقوبات كالحدود والقصاص لانعدام الحكم، وهو المؤاخذة بالفعل[2].

---

(١) انظر: شرح المنار/٣٣٣.

(٢) شرح المنار/٣٣٥.

القسم الثانـي
أهلية الأداء

وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. وهي اثنتان:

(أ) أهلية أداء قاصرة:

ومبنى هذه الأهلية على القدرة القاصرة للإنسان بكل من عقله القاصر وبدنه العاجز. وحيث لا خلاف في أن الأداء يتعلق بقدر قدرة فهم الخطاب، وهي بالعقل.

وقدرة العمل به وهي بالبدن، فإذا كان تحقق القدرة بهما يكون كما لها بكما لهما، وقصورها بقصورهما، والإنسان في أوّل أحواله عديم القدرتين، ولكن فيه استعداد أن يوجد كل واحد منهمـا بخلق الله تعالى إلى أن يبلغ درجة الكمال، وقبل بلوغها تكون قاصـرة، كالصبي، فـإن كل واحـدة من القدرتين قاصرة فيه، ويُبنى على هذه الأهلية صحة الأداء، بمعنى أنه لو وقع الأداء يكون صحيحاً ولا يجب، وهذا بشكل عام.

والأحكام اتجاه هذه الأهلية منقسمة إلى قسمين اثنين: مجموعة تحت حقوق الله تعالى وحقوق العبد.

فأما حقوق الله تعالى فهي كما يلي:

١ ــ إن كان ما يقوم به حسناً لا يتحمل غيره كالإيمان صحّ منه، بلا لزوم أداء ولأنه منفعة محضة، وفي هذا قول علي رضي الله عنه: سبقتكم إلى الإسلام طراً.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح إيمانه قبل البلوغ في حق أحكام الدنيا فيرث أباه الكافر، لأنه ضرر، وأما في حق أحكام الآخرة فالقول بصحته واجب لأنه نفع محض وليس من ضرر في ثبوت الإسلام في حق الآخرة ثبوته في أحكام الدنيا.

٢ ــ وإن ما يقوم به قبيحاً بحيث لا يحتمل غيره، كالردة مثلاً، فلا يجعل عفواً، ولكن لا يقتل به لأن القتل ليس من أحكام عين الردة، بل من حكم المحاربة، ولم توجد منه قبل البلوغ، بل يجبر على الإسلام، وهذا رأي كل من الإمام ومحمد رحمهما الله.

وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله: لا يحكم بردته في حق أحكام الدنيا لأنها ضرر محض، وإنما حكم بإيمانه لأنه نفع محض.

٣ ــ وإن كان فيما بين الحسن والقبيح، كالصلاة والصوم، فيصح الأداء من غير لزوم عهدة، أي ضمان، ويعني إذا شرع فيه لا يجب إتمامه والمضي فيه، حتى إذا أفسده لا يجب عليه القضاء.

وفي صحة الأداء بلا لزوم نفع محض لأنه يعتاد أداؤها فلا يشق ذلك بعد البلوغ(١).

وأما حقوق العبد:

فينظر فيه من جوانب عدة، هي:

١ ــ إن كان من باب النفع المحض له، كقبوله للهدية أو للصدقة وقبضهما فإنه يصح أداؤه، أي مباشرته لما كان من هذا الباب، لأنه محض منفعة، فيثبت في حقه بناء للأهلية القاصرة.

٢ ــ إن كان من باب الضرر المحض كالوصية مثلاً، فإن فيها إزالة ملك من غير منفعة تعود إليه، ولذا فلا تعتبر مباشرته للوصية في صالحه، فلا تصح.

٣ ــ إن كان دائراً بين النفع والضرر، كالبيع، وحيث دورانه بين الربح والخسارة وبالتالي بين النفع والضرر، وكذلك الإجارة ونحوه. فإن أداءه ومباشرته لمثل هذا، يعتبر صحيحاً وموقوفاً على رأي وليه، وقصور رأيه يجبر بانضمام رأي الولي إليه(٢).

---

(١) شرح المنار/٣٣٦.

(٢) نفس المرجع، تسهيل الوصول إلى علم الأصول/٣٠٦، علم أصول الفقه/١٣٨.

(ب) أهلية أداء كاملة:

وقوام هذه الأهلية القدرة الكاملة من العقل والبدن، وحُدّد هذا بالبلوغ عاقلاً؛ لأن إلزام الأداء قبل الكمال يكون حرجاً، والحرج مدفوع ومنهي عنه، ولما لم يكن إدراك كمال العقل إلا بعد تجربة وتكلّف عظيم، أقام الشرع البلوغ(*) الذي يعتدل لديه العقل في الأغلب مقام اعتدال العقل تسييراً بدليل قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ».

والمراد بالقلم الحساب والحساب إنما يكون بعد لزوم الأداء.

فإذا بلغ عاقلاً، حاز أهلية الأداء الكاملة، وأصبح أهلاً للبيع والشراء وإنشاء سائر العقود وتنفيذها، ودون عودة إلى إذن الولي أو توقف عليه، وذلك طالما لم يطرؤ ناقض يستوجب حجراً

وأما أداؤه في حال المرحلة التمييزية ـــ أهلية الأداء القاصرة ـــ فما يعتبر من باب العقود فإنه ينعقد صحيحاً، لكنه موقوف وغير نافذ إلا بإذن الولي، فإن أجازه نفذ، وإلّا فلا.

فشرطه أهلية المتعاقدين، أي أن يكونا عاقلين، ولا يشترط البلوغ، ولكنه إذا لم يجز الولي البيع يكون باطلاً[١].

وعقد المميز صحيح، وسواء اشترط الاذن أن يتقدم الإنشاء أم لا.

(*) الغالب لدى الأئمة، وهو رأي الجمهور أن زمن من البلوغ الحكمي هو خمس عشرة عاماً لكل من الذكر والأنثى، وهذا التقدير الزمني كائن عند فقدان البلوغ الطبيعي حسياً. والبلوغ الطبيعي يكون بالحيضة للجارية أو بإمكانية الحبل أو بالاحتلام ونحوه، ولا يكون هذا لأقل من تسع سنوات للجارية واثني عشر سنة للغلام.
وذهب الإمام أبو حنيفة إلى تقدير البلوغ الحكمي لدى الجارية بسبعة عشر عاماً وبثمانية عشر عاماً لدى الغلام. وقال صاحباه بقول الجمهور، والفتوى على رأييهما/ انظر الحيض وأحكام الشرعية للمؤلف/٦، أصول الفقه لأبي زهرة/٢٦٧.

(١) فتح القدير ج ٦/٢٤٨، الأشباه والنظائر/٣٠٨.

ويبقى موقوفاً على إجازة وليه، وهو رأي الجمهور[1]. ومعهم الجعفرية[2].

وذهب الشافعية إلى أن الصغير مميزاً كان أم لا، لا يصلح لإنشاء العقد، ولا ينعقد له عقد ما لم يبلغ عاقلاً راشداً.

والرشد عندهم أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله[3].

وهو رواية لدى الحنابلة[4].

وقد استدل الشافعية لما ذهبوا إليه بما يلي:

١ ــ أن الصبي غير مكلّف لأنه بعد لم يبلغ، والبلوغ مناط التكليف، حيث الوقوف على العقل، ولأنه قبل ذلك أشبه بغير المميز، ولا يثبت له أحكام الغقلاء قبل وجود هذه المظنّة.

٢ ــ قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾[5]، ووجهة الاستدلال: أن التصرف في البيع والشراء في معنى إعطاء السفهاء المال لاستلزام البيع والشراء لبذل المال، والجامع بينهما نقص العقل الموقع لكل منهما في إضاعة المال في غير طريقه الشرعي[6].

واستدل المجيزون لإنشائه العقود بما يلي:

١ ــ قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[7]، والمراد: اختبروهم لتعلموا رشدهم ويتحقق هذا بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء، وليعلم هل يغبن أم لا؟.

---

(١) فتح القدير ج ٦، الأشباه والنظائر، وانظر: المغني ج ٤/٢٧٤، القوانين الفقهية/٢٢١، أسهل المدارك ج ٢/٢٢٠.

(٢) منهاج الصالحين ج ٢/٢٤.

(٣) مغني المحتاج ج ٢ ج/٦.

(٤) المغني ج ٤/٢٧٤.

(٥) سورة النساء، الآية: ٥.

(٦) المغني ج ٤/٥٠٦، الميزان الكبرى ج ٢/٦٢.

(٧) سورة النساء، الآية: ٦.

٢ ــ هو عاقل مميز محجور عليه، فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد، وليس هو كغير المميز لأنه لا يعقل المصلحة بتصرفه، لعدم تميزه ومعرفته، ولا حاجة إلى اختباره نظراً لحاله المعلوم.

وأما الصبي المميّز فإن آثار وجريان تصرفاته تكون على وقف المصلحة، وهذا كلّه ضمن إطار إذن الولي وإجازته[1].

مسألة الرشد

اتفق الفقهاء على وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلغ. ثم اختلفوا فيما إذا بلغ غير راشد، هل يستمر منعه من تصرفه بماله؟ أم أنه يُعطى ماله ويتحمّل مسؤوليته؟

فذهب الجمهور إلى أنه لا يُعطى ماله إلا بحصوله على هاتين الصفتين، البلوغ والرشد، حتى ولو صار شيخاً كبيراً.

وبه قال كل من الشافعية والمالكية والحنابلة وصاحبا أبي حنيفة.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه إذا بلغ غير راشد يستمر عليه المنع إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن بلغ هذا العمر أعطي إليه ماله وإن لم يرشد محتجاً بقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾[2].

ووجهة الاستدلال: أنه قد بلغ بهذا العمرأشدّه وصلح أن يكون جدّاً، فضلاً عن كونه حرُاً بالغاً عاقلاً[3].

واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول.

أما المنقول: فقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم

---

(١) المغني ج ٤، الميزان الكبرى ج ٢.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

(٣) المغني ج ٤/٥٠٧.

منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾[2]، ففي الآية الأولى على الدفع على وجود شرطين اثنين، وهما: البلوغ والرشد. وفي الآية الثانية: النهي عن إعطاء المال والتمكن منه إلى السفيه، وهو من لا رشد له، وكما في قوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل فليملل وليّه بالعدل﴾[3] حيث إثبات الولاية على السفيه، ولأنه مبذر لماله، فلا يجوز إليه كمن له دون ذلك.

وأما ما ذكر من استدلال للإمام أبي حنيفة، فإن ما استدل به المانعون هو أقوى في الدلالة على ما ذهبوا إليه لكون استدلالاً بالمنطوق، بخلاف الاستدلال بالمفهوم. وكذلك ما ذهب إليه من استدلال بكونه لغاية خمس وعشرين سنة يصبح جداً، فهو تحكّم ولا دليل عليه.

وبناء على ما ذكر: فإنه على رأي الجمهور لا يعطي إليه ماله ولا يصح تصرفه ولا إقراره كالصبي والمجنون، ولكونه خطراً على ماله.

وعلى مذهب أبي حنيفة أنه قبل بلوغه الخمس وعشرين سنة يصح بيعه وإقراره وإنما لا يسلم إليه ماله، لأن البالغ عنده لا يحجر عليه، وإنما منع ماله للأب.

صفة الرشد:

الرُّشْد من رشد بالفتح، وكذلك الرّشاد، وهو ضد الغني.

وأما عند الفقهاء فهو عند أكثرهم، ومنهم مالك وأبو حنيفة وأحمد هو الصلاح في المال.

وقال الشافعي: الرشد هو الصلاح في الدين والمال، فمن كان فاسقاً

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

فهو غير رشيد وإن كان بارعاً في التجارة، ولأن إفساده لدينه يمنعه الثقة في حفظ ماله، كما يمنع فيقول قوله وثبوت الولاية على غيره[1].

والراجح ما ذهب إليه جمهور العلماء بناءً لما يلي:

١ ــ قوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[2] وفُسّر الرشد عند ابن عباس هنا بالصلاح في أموالهم، وكذلك قال مجاهد بالعقل.

٢ ــ العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا. وأنه مصلح لماله، وما الحجر إلا من أجل الحفاظ على ماله، وما دام محافظاً على ماله فقد تحققت الصحابة أو لا لزوم إلى الحجر عليه.

٣ ــ الرشد لا يقابله الفسق، وإلا لم تصح تصرفات وعقود الكافر، ولأنه غير عدل.

٤ ــ أنه إذا كان بفسقه ينفق أمواله في المعاصي كشراء الخمور وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد، فهو غير رشيد لتبذيره لماله ووضعه في غير فائدة تعود عليه، لا لكونه فاسداً الأخلاق والمروءة.

وليس بلازم فيمن كان سيء الأخلاق والمروءة أن يكون مضيّعاً لماله، بل قد يكون العكس، أن مثل هؤلاء يحرصون على تكبير أموالهم والازدياد في أملاكهم[3].

الحجر على السفيه بعد الرشد:

قد عُلم سابقاً أن الصبي متى بلغ عاقلاً، فإن كان راشداً سلّم إليه ماله، وإن كان غير راشد، تسلّم إليه أمواله ببلوغه خمساً وعشرين سنة عند الإمام أبي حنيفة، وعند الآخرين، فلا تسليم له إلا بالرشد، ومهما بلغ من العمر.

---

(١) المغني ج ٤/٥١٦.
(٢) سورة النساء، الآية: ٦.
(٣) المغني ج ٤/١١٧.

وأما إذا بلغ راشداً ثم طرأ عليه السفه فيما بعدُ، أيحجر عليه؟ أم لا؟ وهل يتوقف الحجر على حكم القاضي؟ أم لا؟

فمذهب الإمام أبي حنيفة أنه لا يمنع ماله ولا يحجر عليه، وإن سفه بعد رشد وأن تصرفه صحيح سواء كان لمصلحة أم لغيرها، لأنه مخاطب بحقوق الشرع ويحبس في الديون، وتجب عليه العقوبات.

وذهب الآخرون ومعهم صاحبا أبي حنيفة إلى أنه يحجر عليه، وأن السّفه إذا عاد إليه بعد فك الحجر عند حجر عليه.

ولأن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهه، وهو موجود ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع المال إليه، فإذا حدث أوجب انتزاعه المال، كالمجنون.

ولا يحجر عليه عند الشافعية وأحمد إلا الحاكم، لأن التبذير يختلف، ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد ولم يثبت إلا بحكم الحاكم. ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم، كالحجر على المفلّس، وليس كالمجنون، حيث أن المجنون لا يحتاج إلى اجتهاد ولا خلاف فيه.

وقال الآخرون: بل يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره، لأن ذلك سبب الحجر، فأشبه المجنون.

متى حجر عليه، ثم عاد فرشد، فك عنه الحجر، ولا يزول إلا بحكم الحاكم[1].

وبما أن الحجر مسألة تتعلق بها الولاية على نفس ومال الصغير وفاقدي الأهلية، فإنه يقتضي تبيان الولاية وأحوالها ولو بشكل موجز، قصد تكملة الموضوع، وخاصة أن ذمة غير ذمة صاحب الملك تتولى أمر التصرف من عقود ونحوه، وبما يعود بالمنفعة على نفس المولى عليه وماله، حفظاً وتنمية ورعاية.

---

(١) انظر: المغني ج ٥١٨/٤.

ولذا سنتعرض فيما بعد للتعريف بالولاية وأقسامها وأحوالها وشروطها.

الصيغة وما يجب فيها

مما هو معروف في أصول الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز أخذ مال الآخر إلا برضاه، وكما في قوله سبحانه: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله بكم رحيما﴾[1].

وحيث أن البشرية مفطورة على التكامل في حياتهم من جهة احتياج الفرد للآخر والإنسان للإنسان، وأن الله تعالى قد شرع وبيّن لعباده الكسب الحلال من الكسب الحرام، وأن الأصل في ملكية الإنسان ألا تخرج منه إلا برضاه، وأن الرضا أمر باطني، وباطن الإنسان لا يعلمه إلا من خلقه، وأن هذا كلّه يستدعي ويقتضي اعتماد دلالات ظاهرة بيّنة يؤخذ منها رضا المتعاقدين بالتمليك والتملك.

وعلى هذا فقد اقتضى الأمر لدى الفقهاء لدلالات معيّنة تؤدي إلى المقصود وتحقق المطلوب.

وتعددت نوعية الدلالة، من لسان إلى كتابة إلى معاطاة، ونحوها من دلالات واضحة الفهم ودون غموض أو إبهام، وقصد إبعاد التنازع فيما بين المتعاقدين.

هذه الدلالات هي وسائل تفيد التعبير عما في نفس المتعاقد حول الشيء الذي يُعقد عليه فيما بينه وبين الآخر، وإن كانت أولى الدلالات وأولاها هي:

(أ) دلالة اللسان:

وحيث الترجمة لمّا في القلب، ما لم يكن هناك من أمر طارىء. وكما

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

قد قيل:

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

وبما أن وسيلة اللسان هي وسيلة التخاطب الحضارية فيما بين البشر، فالأمر يستدعي تبيان مادة اللفظة وصيغتها ونسبتها إلى طرفي التعاقد.

١ ـ مادة اللفظة:

مادة اللفظة تكون عادة متناسبة مع نوعية العقد، من بيع وإجارة ونكاح ونحوه، ففي عقد البيع: عند الحنفية البيع ينعقد بكل لفظ ينبىء عن التحقيق، مثل: بعت واشتريت ورضيت، أعطيت بكذا، خذه بكذا، أجزت، قبلت، أمضيت، ونحوها من الألفاظ الدالة على معنى البيع والشراء[١].

وبهذا قال الحنابلة ولم يحصروا المادة بلفظ معين ، كبعت واشتريت، بل بكل لفظ يؤدي إلى معنى البيع، ولأن الشارع لم يخصه بصيغة معينة[٢].

وأما المالكية والشافعية فقد نصّوا على تعيين مادة القول لعقد البيع في لفظتي البيع والشراء، والتمليك والتملك، وقالوا بوجوب الصراحة في القول، ولا يكون صريحاً إلا باللفظ الدال على التمليك والتملك دلالة ظاهرة على البيع والشراء[٣].

وفي عقد الإجارة: مادة القول تكون بما يدل على تمليك المنافع بعرض مثل أجرتك، أعرتكها مدة كذا وكذا، وهبتك منافعها مدة شهر بكذا، ولم ير الحنفية اقتصار اللفظ على مادة الاشتقاق من ذات الإجارة، بل تتعدى إلى غيرها ما دامت تدل على معنى الإجارة[٤].

وهو رأي الحنابلة، إذ يقولوا: وتنعقد الإجارة بلفظ أجرت وما في

---

(١) فتح القدير ج ٢٤٩/٦، الحاشية ج ٩/٤، الاختيار ج ٤/٢.
(٢) كشاف القناع ج ١٤٦/٣، المغني ج ٥٦١/٣.
(٣) بداية المجتهد ج ١٥١/٢، مغني المحتاج ج ٥/٢.
(٤) الحاشية ج ٣/٥.

معناها كالكراء والتمليك[1].

وعند الشافعية أن الإجارة تنعقد بالاشتقاق من مادتها: أجرت، لأنه لفظ موضوع له، ومن مادة الكراء (أكريتك) ومن مادة التملك (ملكتك منافعه).

ومنعوا انعقادها بلفظ البيع، لأن البيع موضوع لتمليك الأعيان، لا المنافع[2].

وأما في عقد النكاح، فإنه ينعقد بما يصح به من لفظ النكاح والزواج وما وُضع لتمليك العين في الحال، كالوطء والملك والهبة[3].

وكذلك الأمر لدى المالكية، حيث ينعقد لديهم بكل ما يدل على الرضا كالنكاح والزواج والهبة والصدقة والمنح، ومع ذكر الصداق[4].

ولم يوافق على هذا الشافعية، وحصروا المادة بالاشتقاق من الزواج والنكاح وأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح. ولأن الشهادة شرط في النكاح، فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح[5].

وبه قال الحنابلة، ولكون هاذان اللفظان هما الواردين في القرآن الكريم في شأن عقد الزواج، وفي القبول يصح أيضاً بلفظ: قبلت ورضيت[6].

وعند **الظاهرية**: أن لكل عقد ألفاظاً لا تكون إلا بها، وأن هذا الأمر من باب التوقيف، وأن هذا لا يُعلم إلا بالنصوص[7].

---

(١) كشاف القناع ج ٣/١٤٦.
(٢) مغني المحتاج ج ٢/٣٣٣، المهذب ج ١/٣٠٤.
(٣) تبيين الحقائق ج ٢/٩٦.
(٤) الفواكه الدواني ج ٢/٢٣.
(٥) المهذب ج ٢/٤٢.
(٦) منار السبيل ج ٢/١٤٦.
(٧) المحلى ج ٨/٣٥٠.

وعند الجعفرية: لا خطر على قول ما دام هذا القول دالاً على المقصود من العقد وإن لم يكن صريحاً فيه [1].

٢ ـ صيغة المادة:

والمقصود بها صيغة مادة اللفظ من حيث الزمن، ومدى دلالتها على كل من معنى العقد ورضا المتعاقد.

وصيغة العقد، وكما في عقد البيع: هي عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين، كبعت واشتريت أو حالين إن لم يقرنا بسوف والسين كأبيعك فيقول أشتري، أو أحدهما ماضي والآخر حال، ولكن لا يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني. فإن نوى به الإيجاب للحال صحّ على الأصح، وإلا فلا. إلا إذا استعملوه للحال كالماضي كأبيعك الآن لتمخضه للحال، وأما المتمخض للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلاً. إلا الأمر إذا دلّ على الحال، كخذه بكذا فقال: أخذت أو رضيت، صح بطريق الاقتضاء» [2].

وعلى ضوء ما تقدم يتبين ما يلي:

١ ـ إذا كانت صيغة كل من الإيجاب والقبول بالماضي، انعقد العقد ودون حاجة إلى نية.

٢ ـ إذا كانت صيغة كل من الإيجاب والقبول حاليين لم يقرنا بسوف والسين نحو: أبيعك، أشتري، انعقد لكنه متوقف على النية.

وكذلك الأمر إذا كان أحدهما ماضي والآخر حالاً، فإنه يحتاج إلى النية، أي الحال. نظراً لغلبة استعماله ـ الحال والمضارع ـ في الاستعمال حقيقة أو مجازاً.

فإن نوى الإيجاب صحّ، وإلا فلا. إلا إذا استعمل للحال وتغلب لدى أناس فإنه آنذاك يصبح كالماضي، ولا يحتاج إلى نية نحو: أبيعك الآن

---

(١) منهاج الصالحين ج ٢/٢٠.

(٢) الحاشية ج ٤/٩.

لتمخضّه للحال وأما المتمخض للاستقبال فلا يصح، سواء نوى بذاك الحال أم لا، لكون الأمر متمخضاً للاستقبال، وعلى هذا المضارع المقرون بسوف والسين، نحو: سوف أشتري لمن قال، سأبيعك.

واستثني من المتمخض للاستقبال: عقد النكاح، حيث ينعقد بالأمر، كما في: زوّجني، فإذا قال: زوجتك، كان ممثلاً أمر الموكل مزوّجاً له ووليأ لمن زوّجها، والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع».

إن لفظ الأمر في النكاح جعل إيجاباً لأن النكاح لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه لا يكون إلا بعد مراجعات وتأمّل واستخارة غالباً، فلا يكون لفظ طلبه أعني «زوجني» مساومة، بل هو تحقيق فاعتبر إيجاباً، بخلاف البيع لا يكون مسبوقاً بمثل ذلك فكان الأمر فيه مساومة، فلا يتم العقد بمجرد وجود الآخر»(١). وعدم صحة العقد بالأمر، سوى الزواج، لدى الحنفية هو رواية لدى الحنابلة(٢). وأما عند الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة العقد ينعقد بالأمر(٣).

الإيجاب:

٣ ـ صاحب الإيجاب وصاحب القبول:

الإيجاب والقبول، وكما مرّ، هما ركن العقد، ولأنه بهما ينعقد العقد فيما بين المتعاقدين على الشيء المعقود عليه.

والإيجاب هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا أوّلاً، وسواء وقع من البائع كبعت، أو من المشتري كاشتريت.

والقبول هو الفعل الثاني، وسمي بالقبول نظراً للتمييز بين كلام الأول وكلام الثاني، وإن كان كلام أي واحد منهما يراد به الإثبات. وهذا قول

---

(١) الهداية بشرح الفتح والعناية ج ٦/٢٥٠.
(٢) المغني ج ٣/٥٦١.
(٣) مغني المحتاج ج ٢/٥، بداية المجتهد ج ٢/١٨٣، المغني ج ٣/٥٦١.

الأحناف(١).

وعند الآخرين من الفقهاء: الإيجاب هو كلام البائع والقبول هو كلام المشتري. وفي الإجارة: كلام المؤجر هو الإيجاب وكلام المستأجر هو القبول. وسواء وقع كلام المؤجر أم كلام المستأجر(٢).

(ب) دلالة الكتابة:

الأصل في الشريعة أن الإيجاب والقبول لا بدّ من اقتران أحدهما بالآخر في مجلس واحد. والأصل أن كل ما دلّ على معنى الإيجاب والقبول بين الطرفين ينعقد به العقد فيما بينهما(٣).

وصورة الكتابة أن يكتب: أما بعد فقد بعت سلعتي، محدداً أوصافها منك. أو إليك بمبلغ محدد، فلما بلغ الكتاب الطرف الآخر، قال في مجلسه ذلك: اشتريت، فقد تمّ البيع بينهما، ثم يخبر الطرف بأنه قد اشترى منه السلعة المعينة بالسعر ذاته الذي قاله البائع، وهكذا...

والاعتبار لمجلس البلوغ، بمعنى أن الكتابة كالخطاب من جهة اعتبار مجلس البلوغ وإذا لم يجب فور وصوله، أجاب فيما بعد في مجلس آخر، اعتبر هذا قبولاً. بمثابة ما إذا تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس ثان، أي الكتاب وبقاؤه في يد من أرسل إليه بمثابة التجديد له، ولذلك ليس بشرط أن يقبل في مجلس بلوغ الكتابة.

وامتاز عقد النكاح بالكتابة أنه لا بدّ من أن يقرأ على المرأة المطلوب الزواج بها، مثل قوله: زوجت نفسي منك على مهر قدره كذا.. فلما وصلها الكتاب لا يعتبر منها قبولاً إلا إذا قرأت ما في الكتاب على شهود، وقالت: اشهدوا بأني قد قبلت بزواجي منه، أو أن تقول لهم: اعلموا بأن فلاناً قد طلب مني الزواج واشهدوا بأني قد تزوجته.

---

(١) الهداية بشرح الفتح والعناية ج ٦/٢٤٨، الحاشية ج ٤/٦.
(٢) المغني ج ٣/٥٦١، أسهل المدارك ج ٢/٢٢٠، مغني المحتاج ج ٢/٣.
(٣) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ج ١/٨٠.

(ج) دلالة الإرسال:

العقد عن طريق الإرسال هو نفسه عن طريق الكتابة، وكل ما في الأمر هو شخص مرسل يدل الكتاب ومبلغاً كلام من أرسله. ومثال أن يقول: اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً قد باع السلعة المعينة منك بكذا، فجاءه فأخبره، فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول، ولأن الرسول ناقل، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً. وإذا لم يجب بالقبول في مجلس أداء الرسالة، فلا عقد فيما بينهما، ولأن الاعتبار في الإرسال لمجلس أداء الرسالة[1].

(د) دلالة الإشارة:

الإشارة هي وسيلة أمثال الأخرس والعاجز عن النطق وقائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح ونحوها من سائر العقود وكذلك التصرفات ما عدا بعض الأشياء كالحدود.

وكتابة الأخرس كإشارته، والمعتمد أنه لا يشترط عدم القدرة على الكتابة. ولا بدّ من أن تكون الإشارة معهودة وإلا فلا تعتبر.

هذا إذا كان أخرساً، وأما إشارة غير الأخرس، فإنه ينظر إليه، فإن كان معتقل اللسان ففيه خلاف.

والفتوى على أنه إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه.

وإن لم يكن معتقل اللسان فلا تعتبر إشارته[2]، وهو رأي الشافعية ومذهب المالكية والحنابلة إلى الاكتفاء بالإشارة ما دامت مؤدية لمراد المتكلم، حتى ولو كان قادراً على التلفظ بالصيغة.

---

(١) انظر ما يلي: الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٢٥٤، المبسوط ج ٣/٢١، الأشباه والنظائر/٣٣٦، مغني المحتاج ج ٢/٦، مصادر الحق ج ١/٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر/٣٣٦، الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٢٥٤، المبسوط ج٣/٢١.

(هـ) دلالة التوقيعات:

خلاصة القول في الخط واعتباره، كما أفاد ابن عابدين: أن الخط المصدّر والمعنون مثل: سبب تحريره «أو في الوصول: وصل إلينا من يد فلان الفلاني كذا» أو علم بيان ما يكتب الرجل في دفتره مثل قوله: علم بيان الذي في ذمتنا لفلان الفلاني، وأن كلّه مصدّر معنون جرت العادة بتصديره بذلك. فمثل هذا إذا اعترف فإن خطّه يلزمه، وإن لم يكن مصدّراً معنوناً لا يلزمه إذا أنكر الحال وإن اعترف بكونه كتبه بخطّه إلا إذا كان بائعاً أو صرافاً أو سمساراً.. وصك الصرّاف والسمسار حجة عرفا.

ونقل أن الأمر لا يقتصر على السمسار والصرّاف والبيّاع، بل مثله كل ما جرت العادة به، فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء، والأكابر ونحوهم ممن يتعذّر الإشهاد عليهم، كما إذا كتبوا وصولاً أو صكوكاً بدين عليهم كتبوه وختموه بأختامهم المعروفة، فإنه في العادة يكون حجة عليهم.

ويشير ابن عابدين بالإلحاق إلى مبنى العرف قياساً على دفتر الصرف ونحوه. وضرب مثلاً على هذا: وجود صندوق فيه حرى مكتوب عليها هذه أمارة فلان الفلاني، فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطّه ذلك على دراهمه. وخطّه حجة عليه لا له[1].

(و) دلالة الوسائل المستحدثة (تليفون/تليكس):

وكما قد سبق القول في اعتماد وصحة التعبير عن الإرادة بكتاب مرسوم أو إرسال يقوم بالتبليغ، وما الصحة إلا لأن هذه الوسيائل والرشاقة في التعبير بين الطرفين بما تحمل في طياتها من دلالة بيّنة ظاهرة بها الإرادة الباطنة.

وليست الوسائل والوسائط محدودة مقصورة على عدد معيّن، بل الاعتبار لكل وسيلة ألفها الناس في التعبير والكشف عن إرادة الإنسان.

---

(١) نفس الحاشية ج ٣٥٣/٤، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٣٧١/١، الأشباه والنظائر/٣٤١.

فألفاظ العقد وصيغته قد يؤديها العاقد مباشرة بنفسه، أو قد يؤديها بواسطة شخص يرسله، وقد يؤديها بواسطة الآلة، كالتعاقد بالتليفون وبغيره من الوسائل المستحدثة كالتلكس ونحوه.

وكما أشار البعض إلى اعتباره من الوسائل التعبيرية ما يتعارفه الناس فيما بينهم ويصبح مألوفاً لديهم، وذلك كنشرة إعلان موقع عليها، أو كتاب موقع عليه ومكتوب باليد أو بالآلة الكاتبة، ومنه أيضاً عرض التاجر بضاعته للجمهور مع بيان أثمانها، يعتبر إيجاباً صريحاً منه.

إذن العقود تحصل بواسطة الهاتف والتلكس، سوى ما اشترط له منها من أمر الشهادة، وذلك كما في عقد الزواج، والذي لا بد منه من سماع الشاهد لكلام المتعاقدين، وهذا لا يكون إلا حضوراً أو بواسطة رسول أو كتاب بيّن[(١)].

وعلى هذا فمن لا يشترط الشهادة، كالجعفرية فينبغي صحة عقد الزواج بواسطة الآلة[(٢)]

ويلاحظ، أنه وإن صح التعاقد بواسطة، لكن يبقى شيء ملحوظ وهو أن التأكد من أمر الهاتف عسير وصعب، وذلك لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها، وكذلك يحصل الاختلاف عند الإنكار من أحدهما لأمر العقد، أو لبعض جزئياته ومضامينه.

ولذا فقد تلجأ المؤسسات التجارية إلى تملك الاثبات والذي قد يلزم موقف الإنكار، كأن تعتمد التسجيل للصوت، أو كحال التلكس والآلات المتطوّرة، التي تترك عند استعمالها صورة واضحة عما قد حصل من كلام.

وهذا ما ينبغي أن يُلاحظ عند التعاقد بالآلة تداركاً للنزاع المتوقع، وخاصة أن الشهادة ليست شرطاً من شروط صحة العقد بشكل عام، ويلاحظ

---

(١) انظر: الوسيط للسنهوري/١٧٥، نظرية العقد للحسنى/١٤٤.
(٢) انظر: أحكام الأسرة للدكتور محمد شلبى/١٠٨.

هنا حول عقد الصرافة وما قد اشترط فيه من شروط خاصة وبالذات، شرط التقابض في المجلس، وأن هذا صعب توفره في البعض من وسائل التعبير، كالهاتف والإرسال.

وأما في القوانين الوضعية، فإن المطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة لكونه مظهر الإرادة الخارجي الحسي، وأنه قد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمنياً، وأما الصريح فهو الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الارادة حسب المألوف بين الناس، فقد يكون هذا التعبير بألفاظ يؤديها اللسان مباشرة، أو يؤديها بالواسطة كما يحصل عند الاتصال بالتليفون أو استخدام رسول ينقل التعبير، وقد يكون بالكتابة من صورها، إذ يجوز أن تكون عرفية أو رسمية في سند أو رسالة، مخطوطة أو مطبوعة إلى غير ذلك من الصور، وقد يكون بالإشارة المتداولة عرفاً، وهي إشارة تواضع الناس على معنى خاص لها، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو هزها أفقياً أو هز الكتفين دلالة على الرفض. .»[1].

(ز) دلالة التعاطي:

التعاطي في اللغة من العطو بتسكين الطاء، والمراد به التناول، ومنه الإعطاء أي المناولة والمعاطاة[2].

وأما في الاصطلاح: هي عبارة عن وضع الثمن وأخذ المثمّن عن تراضي منهما من غير لفظ. وإذا رفض صاحب السلعة البيع فلا ينعقد البيع.

ومن أمثلة البيع بالتعاطي: بيع الصحف وشراؤها عن طريق وضع الثمن وأخذها دون تلفظ، وكذلك بيع زجاجات العصير عن طريق الآلات المبرّدة، حيث يوضع المشتري الثمن ويحرك الآلة، ليتناول الزجاجة، وبدون كلام، وهكذا. .

---

(١) انظر: مبادىء القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدر/٣٢٥.

(٢) القاموس المحيط مادة/عطو.

وكون الإيجاب والقبول بصيغة معينة مضبوطة، وهو ركن العقد، وفي هذه الوسيلة ما بدا شيء من هذا، فلا البائع قال: بعت، ولا المشتري قال: اشتريت.

ولذا لم يتفق الفقهاء على انعقاد العقد ـ البيع ـ بهذه الطريقة، بل تعدد من أقوالهم إلى مذاهب ثلاث، هي:

١ ـ المذهب الأول وهو للشافعية ويقوم على عدم انعقاد العقد بالتعاطي، وذلك لضرورة وجود الصيغة، وأن الصيغة هي السبب الظاهر الدالّ على الرضا. وهو مقتضى مذهب داود الظاهري، نظراً لاعتباره الألفاظ معينة توقيفية[١].

٢ ـ المذهب الثاني، وهو لبعض الشافعية، وبعض الحنفية ويقوم على أن المعاطاة تصح فيما كان من باب السلع الخسيسة لا النفيسة[٢].

٣ ـ المذهب الثالث وهو لجمهور الفقهاء، ومن الحنفية والمالكية والحنابلة ويقوم على انعقاد العقد عن طريق التعاطي، وسواء كان في الخسيس من الأشياء أم من النفيس.

وقد استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بما يلي:

١ ـ أن الله تعالى أحلّ البيع ولم يبيّن كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف.

٢ ـ لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه رضي الله عنهم مع كثرة وقوع البيع فيما بينهم واستعمال الايجاب والقبول، ولو كان لنقل إلينا نقلاً شائعاً، ولو كان شرطاً لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله ولا إغفاله.

٣ ـ أن الناس تتبايع في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره فكان ذلك إجماعاً.

---

(١) انظر: مغني المحتاج ج ٢/٤، المحلّى ج ٨/٣٥٠.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٤، الحاشية لابن عابدين ج ١١/٤.

٤ ـ التفرّق عن تراضٍ يدل على صحته.

٥ ـ أنه يراد من الإيجاب والقبول الدلالة على التراضي فإذا وُجد ما يدل عليه من المساومة، والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبّد به.

٦ ـ البيع في الشرع اسم للمبادلة وهو شيء مرغوب بشيء مرغوب.

٧ ـ حقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والاعطاء.

ويستدل أيضاً بقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾[1]. ووجهة الاستدلال: أن التجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل، وهو تفسير التعاطي.

وكذلك بقوله تعالى: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين﴾[2] فأطلق اسم التجارة على تبادل وليس فيه قول البيع.

وكذلك بقوله تعالى: ﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به﴾[4].

وعلى هذا فالبيع بالتعاطي جائز في كل من الخسيس والنفيس، وهو الراجح[5].

ويستثنى من العقود عقد الزواج نظراً لخطر أمر الزواج وشدة حرمته فلا يصح العقد إلا بلفظ صريح أو كناية بينه[6].

□□□

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٦.

(٣) سورة التوبة، الآية: ١١١.

(٤) سورة التوبة، الآية: ١١١.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ج ٥٦١/٣، الحاشية ج ٣٠/٤، أسهل المدارك ج ٢٢١/٢، القواعد النورانية الفقهية/١٠٥.

(٦) الحاشية ج ٢٦٩/٢، الأشباه والنظائر/٣٣٩.

المبحث الأول
محـل العقـد

محل العقد أو المعقود عليه ركن من أركان العقد ومقوّم من مقومات وجوده، ولا وجود للعقد إلّا به.

وما يقع عليه العقد لا يخلو عن كونه عيناً أو منفعة أو عملاً يُقدّم.

أما الأول فهو كالبيوع.

وأما الثاني فهو كالإجارة والإعارة.

وأما الثالث فهو كعمل الإنسان من صناعة أو زراعة أو وكالة، ونحوه.

وعلى هذا فمحل العقد إما أن يكون عيناً أو منفعة أو عملاً.

وبالإمكان القول كونه عيناً أو منفعة، مدخلاً العمل في المنفعة، ولأن العمل بذاته، منفعة يقوم بتقديمها الأجير بشكل عام.

وشيء قد امتازت به العقود في الشريعة الإسلامية، وأنه العماد والحق في وجود سائر العقود، ألا وهو التقويم الشرعي، ولم يختص به عقد دون آخر ولذا بقراءتك لأي عقد لا تجده قد خلا عنه.

والمراد بالتقويم الشرعي: أن يكون محل العقد في حكم الإباحة، بألّا يكون محرماً في الشريعة الإسلامية.

وما اجازته كان مقوّماً شرعاً، وما كان مقوّماً شرعاً جاز التعامل به، عيناً كان أم منفعة، ومن خلال العقود، بل وسائر التصرفـات، إذا توفـرت فيها الشروط المطلوبة في زاوية التعامل المتنوعة.

ما كان معتبراً من الأشياء الطاهرة والمنافع الجائزة، فالأصل فيـه أن تجري فيه العقود والتصرفات وتصح إذا توفرت الشروط والضوابط وما لم يكن

هناك مانع شرعي.

وبناء لهذا المنطلق فكل ما كان من الأشياء النجسة كالميتة والدم والخنزير وسائر ما يدخل تحت مفهوم النجاسة ويدخل في دائرتها، لا يصلح أن يكون محلاً للعقد، ولا يعتبر موجوداً إذا كان محله من هذه الدائرة.

والمنع هو الأصل في حكم التعامل بها، وذلك في الأحوال العادية حيث لا ضرورة ملجئة لتناولها، وسنلاحظ هذا تفصيلاً فيما بعد إن شاء الله.

وكذلك الأمر فيما كان من باب المنهيات من المنافع، كالرقص والغناء وما خالف الآداب والأخلاق.

فلا يوجد العقد على منفعة محرّمة، كمن عقد عقد استئجار على غناء فيما بينه وبين امرأة، أو على غناء امرأة.

وكذلك كاستئجار رجل على أن يقتل رجلاً آخر أو يؤذيه أو يخطف ولده، وهكذا منافع وما شاكلها مما يعتبر من باب المنهيات لا تصلح أن تكون محلاً للعقد. لأنها غير مباحة شرعاً، ولا تقويم شرعي لها.

وقد تعرض السادة الفقهاء إلى منطلق ما يجوز أن يعقد عليه من الأشياء، فقال ابن رشد في البداية ما مفاده:

الأعيان المحرمة البيع بنجاسات وغير نجاسات.

فأما بيع النجاسات فهي محرّمة البيع، والأصل فيها قوله ﷺ: «إن الله ورسوله حرّما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله: أرأيت شحوم الميتة فإنه يُطلى بها السفن ويستصبح، فقال: لعن الله اليهود حرّمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها» وقال في الخمر: إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها.

والنجاسات على نوعين اثنين هما:

١ ــ نوع اتفق المسلمون على تحريم بيعها، وهي الخمر والخنزير والميتة وكذلك الدم المسفوح.

٢ ــ النوع الآخر وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالأرواث والأزبال التي تستعمل في إستصلاح الأراضي والبساتين.

فقد اختلف فيه: فقيل بجوازه مطلقاً وقيل بمنعه، وقيل بالتفريق بين العذرة والزبل، وهذا عند المالكية.

وأما عند الحنفية فقد أجازوا بيع السرجين ــ الزبل ــ ومنعوا بيع العذرة، وإذا خلطت بتراب أو رماد وغلب عليها صح، أي دون كراهة وهو الصحيح.

ومنع الشافعي وأحمد بيع السرجين، ولأنه كالميتة وذلك لنجاسته(٣). والأصل فيما يعقد عليه أن يكون مالاً أو ملكاً.

والمال الذي يصلح أن يكون محلاً للعقد له شروط وضوابط، وعلى ضوؤها تبين مدى صلاحية الشيء للعقد.

التعريف بالمال:

لتعريف المال عند فقهاء المسلمين وجهتان اثنتان، هما:

الوجهة الأولى، وهي للحنفية ومبناها على المادية والحسية، وهو عندهم ما أمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً جائزاً في غير حالات الضرورة».

وخصائص المال على ضوء هذا التعريف تقوم على كون المال عيناً من الأعيان أي مادة لها حيّز.

وخرج بهذا عن المال المنافع والحقوق.

وهي وإن كانت ذات قيمة فلا تدخل تحت مفهوم المال، وإن كانت داخلة تحت مفهوم الملكية.

وتقوم خصائص المال على إباحة الانتفاع بها شرعاً في الأحوال العادية.

وأما ما يباح للضرورة لا يكون مالاً، لأن المالية صفة من صفات الأموال العادية.

وخرج بهذا القيد كل ما لا يباح شرعاً في الأحوال العادية: ولذا فمجرد الإباحة للضرورة لا تجعلها مالاً، كالميتة والخنزير ونحوهما مما هو محرم عادة. وخرج أيضاً عن مفهوم المال ما لا ينتفع به عادة وإن كان مباحاً، ومثلوا له بحبة القمح والأرز، وقطعة خشب ملقاة تافهة.

فالمال عند الحنفية هو الشيء العيني المباح والانتفاع به عادة وبالإمكان حيازته وإحرازه.

وإن المنافع عندهم داخلة ضمن الملكية لا المالية، إذ الملك عندهم: هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص، وهي شاملة لكل من الشيء العيني والمنفعة.

والمال هو الشيء الممكن حيازته وادخاره لوقت الحاجة: وله وجود خارجي وحسي مادي؛ وعلى هذا عدَّ عند هذا الفريق من الفقهاء.

١ ــ ما ليس مالاً ولا ملكاً، كالهواء والميتة والآدمي، لا يعتبر محلاً للعقد وللملكية.

٢ ــ ما ليس بمال ولكنه ملك كالمنافع والحقوق، يقبل عقود التمليك بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالإعارة والهبة والصدقة.

وقد لا يقبل، كحق الأم بالحضانة، فلو أرادت تمليكه لغيرها بعوض أو بغير عوض، فإن هذا لا يصح.

٣ ــ ما كان مالاً، فإنه يقبل عقود البيع والشراء ويصلح أن يكون محلاً للعقد.

ويقوم هذا على عنصرين أساسيين، هما:

(أ) **العينية**: والمراد بها ذات وجود خارجي، كالسلع والأشياء المنقولة وغير المنقولة.

(ب) **العرف**: والمراد اعتياد الناس كلهم أو بعضهم تموّله وصيانته بحيث يجري فيه البذل والمنع.

(ج) **أن يكون مقوّماً شرعاً**: بمعنى الإباحة.

فما لا يجري فيه البذل والمنع بين الناس لا يعتبر مالاً، ولو كان عينياً، ومثلوا له بالإنسان، وكذلك حبة القمح.

الإنسان لكرامته، وحبة القمح لحطتها.

وما يعتاده الناس ويجري فيه البذل والمنع لكنه لا عين مادية له، لا يدخل تحت نطاق المالية، بل يدخل تحت الملكية، وذلك كالحقوق والمنافع[1].

وما كان مالاً لكنه غير مقوّم شرعاً فلا يصلح أن يكون محلاً للعقد ولا يوجد به وذلك مثل الخنزير والخمر، فهو مال عند غير المسلمين، ومحرّم عند المسلمين.

تعريف المال عند جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المال: هو ما أمكن صاحبه التسلط عليه ومنعه عن غيره ولو بحيازة مصدره.

ولم يشترطوا فيه العينية، أي المادة المحازة إمكانية الحيازة الحسية، ولذا فالمنافع عندهم أموال، ولأنها تمنع بحيازة مصدرها ويتحقق الانتفاع بالاستيلاء على مصادرها.

والمال عندهم كما هو عين فهو منفعة. وكذلك الحقوق، فإنها تعد مالاً إذا ما جرى التعامل فيها وأصبحت ذات قيمة مالية.

بل ومن الفقهاء من قال بالتوسّع أكثر في مفهوم المال، فقال ما مفاده المالية ليست إلا صفة للأشياء بناءً على تموّل الناس واتخاذهم إيّاها مالاً ومحلاً لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعتهم الحاجة إلى ذلك، فمالت إليه طباعهم وكان بالإمكان التسلّط عليه والاستئثار به ومنعه من الناس.

---

(١) انظر مادة/١٢٦ من مجلة الأحكام العدلية: «المال ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره لوقت الحاجة».

ولا يلزم من تعريف الجمهور للمال أن يكون مادة تدّخر لوقت الحاجة، بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة إليه غير متعذر، وذلك متحقق في المنافع وفي كثير من الحقوق.

فإذا ما تحقق ذلك فيها، عدّت من الأموال بناءً على عرف الناس وتعاملهم[1].

وفي كتب الشافعية كما نقل عنهم أن المال لا يقع إلا على ماله قيمة يبتاع بها. وتلزم متلفه، وإن قلّت وما لا يطرحه الناس[2].

وعلى هذا فكل ماله قيمة لدى الناس، عيناً كان أم منفعة هو مال. وقيمة الشيء تكون تابعة لما فيه منفعة.

وكأن المنفعة هي الأصل في التقييم والاعتبار، وطبعاً بوجود الإباحة الشرعية. وأما الحنابلة فأمرهم واضح في اعتبار المنفعة وكونها مباحة لغير حاجة أو ضرورة. وحيثما تحقق هذا فهو مال وصالح لمحل العقد.

وأن المنفعة هي التي لا حرمة فيها في غير وقت الحاجة والضرورة، وإلا فيما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة فهو ليس بمال.

وهذا هو رأي الجمهور، وكما سلف ذكره، أي أن مناط اعتبار المالية هو المنفعة المباحة في عين كانت أم لغير عين، إما استيفاءً أو حيازة أو تقديراً، إذ لا قيام للمنفعة بنفسها.

فالمنافع أموالٌ عند الجمهور، وغير أموال عند الحنفية لأنها لا تدخل تحت الحيازة المادية الحسية، ولذا فخرج عندهم عن مفهوم المالية، المنافع والحقوق المحضة، كحق الشفعة وحق المرور وخيار الشرط والعواري وخيار القبول، ونحوه. ولذلك فهي لا تورث عندهم، نظراً لعدم ماليتها، وما يورث هو المال[3].

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية لعلي الخفيف ج ٢/١٠.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي/١٩٧
(٣) الحاشية لابن عابدين ج ٥/٥٠٣.

ونخلص إلى قول الجمهور في مفهوم المال، كل ذي قيمة بين الناس مالٌ ما لم يكن محرّماً الانتفاع به شرعاً[1].

وعلى ضوء ما تقدّم:

إن ما يوجد به العقد وما يصلح له، هو ما اجتمعت الصفات التالية:

١ ـ أن يكون شيئاً تعارفه الناس فيما بينهم لما يوجد فيه من منفعة لهم. وقد أصبح أمراً واقعاً ومعتاداً فيما بينهم على تقييمه، أي وضع له قيمة ويتبادلونه بهذا العوض.

٢ ــ أن يكون الانتفاع به مباحاً شرعاً، وإلا فلا.

وعلى ضوء ما تقدم وما يوجد من اختلاف في تحديد مفهوم المال.

إن العقد لا يوجد ــ أي باطل ــ إلا إذا كان المعقود عليه مالاً متقدماً.

وعند الحنفية حدّدت دائرة المعقود عليه بما كان مشروعاً بأصله، وأن كل ما أورث خللاً في ركنية المعقود عليه يجعل العقد باطلاً.

وعند المالكية ما يصلح أن يكون محلاً للعقد هو ما كان طاهراً لذاته منتفعاً به. فخرج بقيد الطهارة ما كان من باب الأنجاس، وخرج بشرط الانتفاع به ما لا ينتفع به، ومثلوا له بالخشاش وما لا يجوز الانتفاع به فهو كالعدم، ومثلوا له بآلات اللهو[2].

وعند الشافعية ما يصلح أن يكون محلاً للعقد ما تميّز بالخصائص التالية:

أولاً ــ طهارة عينه:

وخرج بهذا القيد ما كان نجساً لعينه، كالخنزير والميتة والخمر، وخرج أيضاً المتنجس الذي لا يمكن تطهيره، كالخلّ واللبن المتنجسين، ولأنهما في معنى النجس لعينه.

---

(١) الحاشية في الشريعة الإسلامية ج ١٠/٢، حق الابتكار في الفقه الإسلامي لفتحي الدريني.

(٢) القوانين الفقهية/٢١٢.

وأما ما أمكن تطهيره كالثوب المتنجس ونحوه فبالإمكان تطهيره.

وينبغي أن يُبنى على هذا الأدهان المتنجسة ما دام بالامكان تطهيرها، وهو على الصحيح عندهم، وان على الأصح من المذهب ألا يطهر نظراً للوارد في وقوع الفأرة في السمن المائع وما ورد فيه من الإلقاء والطرح.

ونخلص من هذا القيد إلى مبنى: وهو أن يكون طاهراً أو قابلاً للتطهير.

ثانياً ــ الانتفاع به شرعاً:

وما لا ينتفع به شرعاً لا يصح أن يكون محلاً لعقد، وما لا منفعة فيه إما أن يكون لخسته وذلك كالحشرات وصغار دواب الأرض كالثعابين والعقارب والفئران والنمل.

وإما لوحشيته كالأسد والذئب وكذلك ما كان من ذي مخالب الطيور وحيث لا منفعة معتبرة. وأخذ الريش للزينة واقتناؤها للهو أو الهيبة فغير معتبر.

ولو كانت المنفعة معتبرة كالصيد للفهد والقتال للفيل والعسل للنحل والطير للإنس بصوته، ونحوه صح أن يكون محلاً للعقد.

وكما يشترط في المنفعة أن تكون غير محرّمة، وخرج عن الصلاحية ما يتخذ من آلات اللهو كالطنبور والمزمار والعود، وكذلك التماثيل والأصنام، فإنها معدّة على هيئة لا يقصد منها سوى المعصية.

وفيما لو تكسرت الأصنام وكذلك آلات اللهو، وأصبحت حجارة كانت صالحة لأن يعقد عليها، وأما على هيئتها، فهي إعداد معصية لا إعداد إباحة[1].

وأما عند الحنابلة:

إن كل مملوك أبيح الانتفاع به جاز بيعه إلا ما استثناه الشرع كالكلب.

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/١٢٠.

ولأن الملك لإطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلاً إليها ودفعاً لحاجته كسائر ما أبيح بيعه. وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهائم الأنعام أو مختلفاً في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد. فكله يجوز بيعه[1].

وخلاصة القول في خصائص محل العقد:

كل ما كان ذا قيمة مالية بين الناس ومنتفعاً به شرعاً.

وخرج عن الحل الصلاحية: ما ليس بمال كالميتة والدم، وكذلك ما كان محرّماً في الشريعة وإن كان مباحاً عند الآخرين، كالخنزير والخمر.

وخرج كل ما يعتبر من الأعيان النجسة.

وأما ما كان غير مأكول لكنه طاهراللمس، كالدواب، مثل: الحمر الأهلية وغيرها من الحيوانات مما لا يؤكل ولكنه غير نجس، فإنه صالح لمحلية العقد، واستثني منها ما كان من باب الحشرات والهوام المؤذية، وسوى ما استثني شرعاً.

ويتخرج على هذا ما يلي:

١ ــ نوع بالاتفاق على تحريم العقد عليه لكونه لا يوجد العقد به وذلك مثل: الخمر والخنزير والميتة والدم المسفوح وكذلك النجاسات كالبول والغائط.

٢ ــ نوع من النجاسات اختلف فيها، حيث مدعاة الضرورة إلى استعمالها، وذلك كالأروات والأزبال التي تستعمل في استصلاح الأرض والبساتين.

فقيل بجوازها وقيل بمنعها، وقيل بالتفريق بين نوع ونوع.

أما الذين أجازوا فهم الحنفية، حيث قولهم بإجارة بيع السرجين، الزبل، وبمنع بيع العذرة، فإذا خلطت بتراب أو رماد وغلب عليها صح، أي

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٤/٢٨٤.

دون كراهة، وهو الصحيح عندهم. تعارف أهل الأمصار على تبايعه لزروعهم من غير نكير، وهذا يشكل منفعة لهم [1].

وأما الذين منعوا فهم الشافعية والحنابلة، منعوا حتى بيع السرجين ولأنها أنجاس، فهي كالميتة [2].

وأما الذين فرّقوا فهم المالكية، فأجازوا بيع الأزبال ومنعوا ما كان من باب العذرة [3].

٣ ــ ما كان من باب الأشياء الطاهرة أو الأعيان فالأصل فيها صحة التعامل وأنها صالحة لإنشاء العقود وللانتفاع بها، وليس بالضرورة أن يكون الانتفاع بطعامها لحرمة طعامها أو لوجود الضرر فيها، بل الانتفاع يتخطى الطعام، وذلك كاالحمر الأهلية والبغال فإنها صالحة لانشاء العقد عليها، نظراً لعدم نجاستها ولوجود المنفعة بها كالحمولة والركوب ونحوه. ويدخل في هذا النوع كل حيوان ألف الإنسان دون أن يكون من طبعه الأذى.

٤ ــ ما كان من باب الأشياء ما للأعيان الظاهرة وعُرف منها الأذى، كالهرة والكلاب والذئاب والوحوش وكذلك الطيور ذات المخالب، ونحوها من الحشرات المؤذية كالثعابين والعقارب. وكذلك الحشرات التي عرفت بالخسّة كالضفادع والسلحفاة. فما كان من هذا الباب مما ذكر أو شاكله فالأصل فيه أنه غير صالح لإنشاء العقود لأنها محرمة الطعام من ناحية ومن ناحية ثانية لا منفعة فيها، وفضلاً عن طبعها الإيذائي.

وإذا ألف منها العيش مع الإنسان، وحصل للإنسان منها منفعة معتبرة فهل يصح العقد عليه أم لا؟

فقد أجاب الفقهاء بكلامهم عن بيع الكلاب، فقالوا:

١ ــ أنه باطل مطلقاً وبه قال الشافعية والحنابلة والأوزاعي وداود

---

(١) الحاشية ج ٢٤٦/٥.

(٢) بداية المجتهد ج ١٥٨/٢.

(٣) نفس المرجع

الظاهري وذلك لكونها نجسة عندهم ولما ورد من النهي عن أكل ثمنها.

٢ ـ أنه جائز ونظراً لكونها طاهرة العين، وبه قال الحنفية.

٣ ـ أنه جائز فيما هو مأذون فيه:

وأن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه، وما ورد اتخاذه هو نوعان: كلب الماشية وكلب الصيد أو ما في معناه. وان ما عدا هذين النوعين لا ينشأ العقد به ولا يصح.

وبه قال المالكية، ولأن الأصل في هذا النوع من الحيوانات والدواب غير مباحة الأكل ولا مباح الانتفاع بها سوى ما استثناه الشرع، وذلك ككلب الماشية وكلب الصيد، وما لم يكن مباحاً طعامه ولا مباحاً الانتفاع به لا يقوم العقد به ولا يصح.

واختلف الفقهاء فيما تنجس من الأعيان كالزيت الواقع فيه نجاسة. فاتفقوا على أنه لا يجوز أكله.

واختلفوا حول جواز بيعه، أيجوز أم لا؟

فذهب الجمهور إلى عدم جوازه لكونه متنجساً، ولأن الأنجاس لا تنشأ بها العقود. وذهب الإمام أبو حنيفة إلى جواز بيعه.

وعمدته: أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحُرم منه واحدة من تلك المنافع أنه لا يلزمه أن يحرمه منه سائر المنافع، ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرّمة كالحاجة إلى المحرّمة.

ولهذا الأصل: فإنه يخرج منه ما تعيّن من الخمر والخنزير والميتة والدم المسفوح، وتبقى سائر محرمات الأكل على الإباحة.

ويعني: أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز[1].

وأما الآخرون فأبقوا على الأشياء المتنجسة في دائرة الأعيان النجسة،

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٢٢١/٥.

ولذا منعوا بيعها. وأما في غير الأعيان النجسة أو المتنجسة، فإنهم متفقون على مراعاة المنافع منها وإن لم تكن مأكولة.

فإن كان فيها منفعة مباحة شرعاً ومعتبرة، ولها قيمة في عرف الناس، فإن هذا الشيء صالح لإنشاء العقد وصحة التعامل فيما بين الناس.

وعلى ضوء ما تقدّم:

١ ـ الآلات المتخذة من أجل اللهو:

كالمزمار والعود ونحوه من عناصر تكوين الجوقة الغنائية اللاهية، فهي محرّمة البيع وبالتالي غير صالحة لإنشاء العقود.

وكذلك ما يتخذ من أصنام وتماثيل. ولأنها وما قبلها معتبر من اعداد المعصية لا إعداد الإباحة.

٢ ـ الهوام والحشرات:

الأصل فيها عدم الصلاحية، فإذا ظهر لها منفعة واستخدمها الناس في منافعهم، فإنها تعتبر ذات قيمة بينهم، ويترتب على اتلافها الضمان. وقبل اتخاذها لمنافع الناس لم تكن ذات قيمة وغير مضمونة بالاتلاف.

٣ ـ الأمصال اللقاحية:

بطبيعتها قاتلة ومؤذية لكونها جراثيم ذات ضار مضار، وقد أصبح لها الآن منافع تتخذ لحماية الإنسان من الهلاك، وذلك عن طريق التلقيح ضد الشلل والجدري، ونحوه من سائر الأمراض التي تتخذ عمليه التلقيح بجرائمها بغية حصول المناعة لدى التلقيح حتى لا يؤذى بمفاجأة هذه الأوبئة.

وهي قبل ظهور منافع منها على الأصل في المنع لكونها حشرات وجراثيم وبظهور هذه المنافع، وكونها مباحة شرعاً، وتداول الناس لها لهذه المنافع وأصبحت ذات قيمة، أصبحت محلاً لأن يُعقد عليها.

ومن البداهة عندنا أن حماية الأنفس من الهلاك من مقاصد الشريعة

فإذا وضعت لها قيمة مالية صح هذا ولا خلاف.

وخاصة أن هذه المنافع هي من أجزاء حسية في تقديم المنافع هذه.

٤ ــ أجزاء الآدمي والعقود:

الأصل في الآدمي أن يَملك لا أن يُملك، وإذا ما دخل تحت إطار المملوكية ــ الرق ــ فإنه ولا شك حاصل بناءً لحالات الحروب، والتي يكون فيها واقعاً تحت حكم إمام الأمة، بين أحكام عدة، ومنها الاسترقاق، فهو عند هذه الحال يعتبر مالاً، أي محلاً لصلاحية العقد والتعامل، ما دام رقيقاً.

ولا يُعنى برقّه أن يتصرف فيه سيده كما يشاء ودون ضوابط، بل هو في الرق: هو مسلوب لصفة هي قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه[1].

وأما فيما عدا هذا، فالإنسان آدمي مكرّم مصون عن الابتذال وهو أرفع وأعلى من أن يكون محلاً للتبادل المبتذل والتعامل بين الناس كحال السلع.

وشيء معروف عن محل العقد أنه شيءٌ مبتذلٌ، أي متراوح بين الأيدي في تصرفاتهم وعقودهم. وهذه الصفة لا تتوافق مع كرامة الآدمي.

فإذا كان الآدمي حراً، لا يصلح أن يكون محلاً للعقد، حتى ولا عضو من أعضائه وهذا هو الأصل كما هو عند الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة.

وإن شرف النوع الإنساني لا يتوافق وبيع أجزائه[2]. وأن سقي المرأة لبنها لولد أخيها المسلم بلا ثمن يتناسب مع هذه الشرف الرفيع. وعند الشافعية ينطلق الحكم في أعضاء الآدمي من أمر الطهارة كما في لبن الآدمية وصحة بيعه انطلاقاً من طهارة عينه، وأما عند الحنابلة فمبنى الحكم على النفع وعدمه. وعلى أصل الشافعية أي ما يعتبر طاهراً من الآدمي صح وإلا فلا.

---

(١) فتح القدير ج ٢٢٢/٦.

(٢) نفس المرجع.

وعلى أصل الحنابلة أن ما ينتفع به من أجزائه صح بيعه، وبالتالي صح أن يكون محلاً للعقد، ويقول ابن قدامة في معرض الدفاع والاستدلال عما هو أصح في المذهب من جواز بيع لبن الآدمية، ويفارق العرق فإنه لا نفع فيه، ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها، وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها، فإنه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس مملوكاً، وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه.

ويفهم من هذا الكلام أنه يجوز بيع العضو المقطوع إذا انتفع به، وكما في عصرنا الحاضر من سلخ في الجلد كقطعة تؤخذ منه ويرقع بها البدن، ونحوه[1].

وعلى تخريج الشافعية: أن جزء الحيوان كميتته، وميتة الآدمي طاهرة في الأظهر من المذهب، لأن الله تعالى كرّم بني آدم، وقضية التكريم ألا يحكم بنجاسته ميتاً كان أم حياً.

والمنفصل منه إما رشحاً فهو كحيوانه حكماً وإما استحالة كالبول والدم فو نجس.

واللبن من الأعيان الطاهرة بموجب قوله تعالى: ﴿لبناً خالصاً سائغاً للشاربين﴾[2]. وكذلك لبن كل حيوان يؤكل وما يحكم عليه بالطهارة فهو محل الصلاحية، وذلك في الأحوال العادية. والآدمي لديهم طاهرٌ حياً ميتاً، وجزؤه طاهر، نظراً لمبدأ التبعية، سوى ما استحال فيه كالبول والدم فهو نجس وباستثناء اللبن لورود النص فيه، ولولا ورود النص فيه لكان شأنه شأن الدم.

وخلاصة القول في الآدمي وأجزائه في الأحوال العادية، أي التي لا ضرورة فيها.

١ ـ فريق من الفقهاء يعتبر الآدمي مخلوقاً مكرّماً مصوناً عن الابتذال،

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٥/٢٢٢.

(٢) سورة النحل، الآية: ٦٦.

وبالتالي فلا يصلح أن يكون محلاً للمالية فيما بين الناس، ولأن ما يرد عليه الملك فليس بمحرّم ولا مصون عن الابتذال، حتى وفي حال الرق، فإنه حلّ النفس لا الأعضاء والأجزاء.

وشرف النوع الإنساني يمنع من أن يكون الإنسان عرضة للابتذال والتمّول فيما بين الناس، وإن كان هذا الشرف لا يمنع من التقديم لما فيه منفعة لأخيه الآدمي ودون مقابل، وهو ما يتناسب مع شرف هذا النوع.

ويمثل هذا الفريق كل من الحنفية والمالكية.

٢ ــ وفريق آخر يتوجه إلى الاعتماد على وجود الطهارة في جزئه ووجود المنفعة منه، وهو أكثر توسعاً لجهة المنفعة، فحيث كانت المنفعة المباحة جاز البيع فيه وإلا فلا، وهو توجه الحنابلة وأما عند الشافعية فإنهم اقتصروا على مدى ما يعتبر من طهارة العين.

الدم:

لا شك فيه ولا خلاف أن طعام الدم المسفوح محرّم، وبموجب قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ لغير الله به﴾(١).

وقيد الدم بالسفح كما في قوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به﴾(٢).

والتحريم منصبٌ على كونه طعاماً ولأي دم كان حياً كان أم ميتاً، سوى الدم الجامد الباقي في العروق واللحم من الحيوان المزكّى المباح.

وليس من مسمّى دم مباح الطعام سوى اثنان فقط، هما: الكبد والطحال لقول النبي ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان: السمك والجراد والكبد والطحال».

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

فالدم هو أحد أجزاء الحيوان والآدمي المتحوّلة في الباطن والمحرّم تناولها.

والدم عند انفصاله عن الجسم إلى الخارج يعتبر نجساً لذاته، بمعنى لا يجوز طعامه ولا لمسه، فالدم من حيث ذاته فهو عين نجسة، والأصل فيها الحرمة، وأنها لا تصلح لأن تكون ثمناً أو مثمناً، وكذلك أنه غير مال بمعنى لا يتموله الناس عادة وما كان غير متمول عادة فهو غير مال.

ولكن الناس في هذا العصر يتمولونه حاجة وضرورة، وأقصد بالناس المؤسسات ذات الاهتمام والاختصاص، كالمستشفيات والمؤسسات الإنسانية ذات الاهتمام بالجانب الصحي في حياة البشر.

وعلى هذا وإن كا ن قد أصبح متمولاً لدى الجهات المختصة، فقد يلفت النظر من جهة عدم صفة التموّل، لأنها عادة ينبغي أن تتوفر لدى الناس، فلا يحكم عليه بالتموّل، ويواجه هذا الاحتمال بأن مثل هذه المادة من الحرج والعبث أن توجد بين أيدي كل الناس، بل ينبغي توفرها في أماكن استعمالها أي المؤسسات المختصة.

ولكن وإن حكمنا بتموّل الناس لها فإنها لا تخرج عن كونها عيناً نجسة، حكم إباحة استعمالها مرتبط بالحاجة والضرورة، وإلا فلا، ومع العلم أنها لا تعطى إلا بقدر الحاجة والضرورة، ولكونها علاجاً يعطى عن غير الأكل والشرب، بل في الأوردة.

وكل هذا لا إشكال فيه ولا خلاف لدى الفقهاء، وإنما الذي ينظر إليه حول هذه العين.

مدى ما يملك الآدمي من أعضاء جسمه:

نفس الإنسان أمانة فيما بين يديه، روحاً وجسماً، فلا يحق له التصرف المطلق فيها عن طريق أي شيء تتأذى منه وتتوجع أو يؤدي إلى الهلاك.

فالله تعالى لم يكلفها فوق وسعها، أراد بها اليسر ومنع عنها العسر، وشرع لها الرُخص عند الصعوبة في أداء العزائم.

ومما هو معلوم أن حماية نفس الإنسان وأعضاء بدنه من مقاصد الشريعة الإسلامية وما شرعية القصاص في النفس والأعضاء، وإقامة الحدود إلا صيانة حافظة لهذه الأشياء التي لا تجري الحياة دون حراستها وصيانتها.

ومطلوب من العبد أن يبعد عن نفسه الهلاك والأذى، ولم يكن بمباح الاقدام على المهالك إلا لما هو أسمى من هذه الحياة، ألا وهو الإقدام على الموت في سبيل الله تعالى.

ولذا فقد عدّ الانتحار جناية من الإنسان على نفسه، توعده الشرع الحكيم العقوبة عليها، فقد قال ﷺ: «من قتل نفساً بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً فيها أبداً، ومن نزل من جبل فقتل نفسه فهو ينزل في نار جهنم خالداً فيها أبداً»[1].

فلا يحق له إيذاء بدنه إيجاباً أو سلباً حتى ولو بشكل العبادة، لأن العبادة المرضية هي التي لا يتأذى بها العبد، وكما في قصة الرهط الذين جاؤوا يسألون عن عبادة النبي ﷺ وقد تقالّوها، فوجههم النبي ﷺ إلى أن الرضا باتباع السنة، حيث نهج التعبّد الذي هو مسلك العبادة المرضية، وحيث لا هلاك في النفس أو في البدن[2].

ومن هذا القبيل نهيه ﷺ عن صوم الوصال. وإلى هذا أشار النبي ﷺ «فإن لنفسك عليك حقاً ولنفسك حظاً ولأهلك حظاً»[3].

ومن أجل حماية النفس من الهلاك أبيع الممنوع للضرورة والتي تتوقف عليها[4]. حماية الإنسان لنفسه، وكبرى الضروريات التي يحتاجها هي ما تتوقف عليها حياته بإبعاد الموت وموجباته، فأبيح الخنزير والميتة ونحوها من المحرمات بقدر ما يرخص، قال سبحانه: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢)انظر: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان والتعليق عليه.

(٣) رواه مسلم.

(٤) انظر: سنن النسائي وشرحه للسيوطي ج ٤/٢٠٦.

إثم عليه﴾[1] وقال سبحانه: ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾[2].

وليس من إشكال في حال الضرورة للإنسان بأن ينقذ نفسه حتى ولو أدى هذا إلى الأعيان المحرمة، كالميتة ونحوها، لأنه اضطرار من غير بغي ولا إثم. وإنما الإشكال حول مدى ما يباح للعبد بأن يتصرف من أعضاء بدنه.

ويتكون جسم الإنسان من أجرام وسوائل، يدخل فيها اللحم والشحم والعظم وسائر محتوياته من الدم والبول والأمصال.

وما كان من السوائل له أصل في العطاء والمداواة، كاللبن في الرضاعة. وطبيعة تكوين أجزاء الجسم السائلة التحويل والتحوّل الزيادة والنقصان وفيما لو نقص من الآدمي دمٌ أو حصل ضعف بالإمكان تقويته عن طريق المداواة والغذاء، وكذلك في سائر السوائل.

ولا يوجد فيما يعتبر من السوائل عائق في التعويض لكمية السائل كالدم، ولا لمقداره واستخراج الدم من جسمه، الأصل فيه التعويض عن طريق التغذية والمداواة ولا يشكل على جسمه نقصاناً جرمياً يصعب أو يستحيل إعادته.

وأما في بقية أعضاء الجسم الجرمية كالأيدي والأصابع والكلى والأعين ونحوها مما ينتشر من تبرعات أو بيع ونحوه.

فهي لا تعوّض من خلال جسمه، كحال الدم، ويكون بهذا قد حرم نفسه اعطاء حياتها يقتضي وجودها، أو قد يحتاج إليها مستقبلاً، كمن أعطى كلية لشخص ثم أصيبت كليته الأخرى بآفة فلو كانت كليته الأولى موجودة لقامت بالمجهود المطلوب.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٣.

ويختلف الأمر في قطع جزء معين من الجلد لوضعه في مكان آخر منه أو من غيره، حيث أن الجلد لا يتوقف على سائره لأنه عمليه ترقيع وتجميل في جسم الإنسان.

وشيء معروف هو أن المحظور لا يباح إلا في حال الضرورة التي تؤدي به إلى الهلاك فيما لو لم يأخذ بعامل النجاة، شرط ألا يكون على حساب إلحاق الهلاك والأذى الضار بغيره. فلو أخذ مقداراً من لبن الآدمية فلا يضرّ بها، فضلاً عن اعتياضها هذا المقدار عن طريق التغذية والمداواة، وكذلك الأمر فيمن أعطى مقداراً من دم لا يضر به من هلاك نفس أو تلف عضو أو خوف عليه.

وفي مثل هذا غير محظور عطاؤه، فضلاً عما له من أجر وثواب، وخاصة أن هذا الجزء يعوّض فيما بعد.

فاللبن والدم والسوائل بسائرها من الأجزاء التي تعوّض، وسواء أدخلناها تحت الأعيان الطاهرة أو النجسة، وخاصة أن الأمر أمر ضروري تتوقف عليه حياة انسان حتى ولو أخذ صاحبها قيمة مالية كثمن لها، فإن كانت من الأنجاس فهو لا يجوز، ولأن أمر جوازها أمر ضروري. ولولا الضرورة ما جاز هذا، والثمن حرام على آخذه.

وقد بحث المحدثون من العلماء هذه المسألة وبخلاصة القول:

١ ــ اختلفوا في مدى تصرف الإنسان نفسه، فمنع فريق منعاً مطلقاً وأنه لا يصح له إلا فيما يعود على مصلحة نفسه.

وأباح فريق وضمن الشروط والضوابط، نقل الأعضاء من جسم إلى جسم آخر كالكلية والقلب عقب الوفاة مباشرة.

٢ ــ اتفق الكل على حرمة العقد على أي جزء من أجزاء الآدمي ومن أعضائه حتى ولو كان من السوائل التي تعوّض، كالدم مثلاً.

وعلى هذا لا يصلح العضو من جسم الإِنسان لأن يكون محلاً للعقد، تكريماً لا تحقيراً «ولقد كرمنا بني آدم».

وهذا ما علاقته ببحثنا، ومن أراد المزيد فعليه بالعودة إلى هذه المسائل في مواضعها الخاصة(١).

وإذا تبيّن لنا بأن كلًا من المالية والتقوّم ــ شرعاً ــ ركناً من أركان المعقود عليه فما زال هناك ما يعتبر من أركان المعقود عليه.

٣ ــ الوجود، والمراد به: أن يكون المعقود عليه موجوداً عند العقد؛ فلا ينعقد على الشيء غير الموجود؛ وخرج بهذا الشرط المعدوم، مثل: بيع الثمر قبل ظهوره، وبيع ولد الشاة قبل الحمل.

وكذلك ماله حظر العدم، كبيع نتاج النتاج، وكذلك ما يعتبر غير مضمون الوجود، مثل: العقد على الحمل، وعلى اللبن في الضرع فقد يكون حقيقة وقد يكون وَهْما:

وفي هذا قوله ﷺ «نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها» ونهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الانسان وما كان وجوده على هذه الحال فهو تغرير، والغرر مفسد للشيء.

٤ ــ الملكية والمراد بالملكية وهو أن يكون المعقود عليه محازاً مملوكاً، وإلا فلا يعقد عليه، إذ لا ينعقد على ما لا ملكية فيه، كالأعشاب ومياه البحار ومياه الأنهار والهواء، وكل ما يعتبر خارجاً عن نطاق الحيازة، فإذا دخل في الحيازة انعقد عليه العقد كإحراز الصيد أو المياه أو الطير أو الهواء، ونحو ذلك.

وما لا يدخل تحت الملكية، كالإنسان الحر، فلا يصلح أن يكون محلاً للعقد، وكذلك ما الناس فيه شركاء قبل الحيازة(٢).

---

(١) انظر: فتاوى في الطب للعلامة المحدث عبد الله بن الصديق العماري ص/ ١١ قضاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الإعطاء للشيخ ابراهيم اليعقوبي ص/١٠١. فتاوى شرعية وبحوث إسلامية ج ٢/ ١٦٤، مفتي الديار المصرية سابقاً حسنين محمد مخلوف.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ج ٥/١٣٦، فتح القدير ج ٦/٤١٠، المغني ج ٤/ ٢٢١.

وخلاصة القول في المعقود عليه أنه يشترط فيه التالي:

١ ــ المالية، ٢ ــ التقوّم، ٣ ــ الوجود، ٤ ــ الملكية.

وإذا توصلنا بالتوضيح الماضي، إلى أن المعقود عليه يجب أن يكون مباحاً شرعاً، فإذا لم يكن كذلك، كان العقد باطلاً، وكذلك الوجود والملكية، وهناك شروط أخرى تخص المعقود عليه فتعرف في حينه.

وأما عن المحل (المعقود عليه) في القانون، فإنه يقوم على الآتي:

١ ــ **أن يكون ممكناً**، كأن يكون عملاً أو امتناع عن عمل، أي ألا يكون مستحيلاً مطلقاً، ويكون بالنسبة للناس جميعاً.

وإذا كان محل الإلتزام إعطاء شيء، وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، ويتحقق وجوده أن يكون وقت العقد، أو أنه سيوجد في المستقبل.

٢ ــ **أن يكون مشروعاً**، فإذا كان المحل إعطاء شيء فيجب أن يكون مشروعاً، وإذا كان عملاً أو امتناع عن عمل وجب أن يكون مشروعاً أي أنها لا تخالف النظام العام والآداب.

٣ ــ **أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين**، فإذا كان شيئاً وجب أن يكون هذا الشيء الذي يرد عليه العقد معيناً أو قابلاً للتعيين.

فإن كان قيمياً وجب ضبطه ووصفه بحيث تتميز عن غيره، كالأراضي فلا بدّ من ذكر مساحتها وموقعها وحدودها. وهكذا..

وإن كان مثلياً وجب تعيينه، كالقمح، نوعه، وصفه، حتى لا يختلط في غيره، فتقع المنازعة(١).

ولو وضعنا هذه المواصفات للمعقود عليه في القانون في ميزان الشريعة الإسلامية لوجدنا ما يلي:

١ ــ بالنسبة لإمكانية المحل، فالشريعة الإسلامية تشترط فيه الإمكانية،

---

(١) انظر: د. عبد المنعم فرج الصدّة: مبادىء القانون/٣٥٤.

وإلا فلا يصح العقد، لأنه حينئذ يقع على المستحيل، والتكليف بالمستحيل خارج عن نطاق التكليف، فالتكليف يكون ضمن الوسعة وكما في قوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾(١).

ولذا كان من شروط العقد أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم وإلا فلا. وهو شرط في سائر العقود، وليس في البيع فحسب.

٢ ـ اشترط القانون وصف المعقود عليه وتعيينه حتى لا تكون من جهالة، وهو بهذا الشرط موافق للشروط في الشريعة الإسلامية حيث توجب في المعقود عليه أن يكون معلوماً العلم الواضح والمبعد للجهالة.

٣ ـ واشترط القانون الوجود أو إمكانية الوجود مستقبلاً. وهو شرط لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فالشريعة قد اشترطت في الشيء المعقود عليه الوجود، وخاصة في الأشياء، لا في العمل أو المنفعة ولذلك فالعقد على الإجارة جائز وإن كان المعقود عليه غير موجود عند العقد بل هو يتحقق شيئاً فشيء.

وأما في الأشياء كالسلع مثلاً، فالوجود شرط وإلا فالعقد باطل كبيع الثمرة وبعد لم تظهر، وبيع المعدوم أصلاً باطل.

وأما ما عدا الأشياء الحسية، فإنه ليس من شرط، بل الشرط هو الإمكانية أو إمكانية الحصول، وعلى هذا سائر العقود الواقعة على المنافع.

وكذلك في أشياء حسية مستقبلية استثناء نظراً لحاجة الناس إليها، ومنها: عقدالاستصناع وعقد السلم.

ومنحى القانون متوافق مع متطلعات الشريعة الإسلامية، وكما في الاتفاق على إقامة مستشفى بمواصفات معينة، مع أنها عند العقد غير موجوده. ولكن الأصل العام كما في الشريعة أن الوجود أمر مطلوب سوى مستثنيات. وأما المخالفة، فإن القانون يعتبر المخالفة الممنوعة هي تلك التي

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

تعود إلى نظامه وآدابه العامة، ولا شك أن المخالفة في الشريعة الإسلامية في المعقود عليه تجعله غير مباح، وذلك بالنسبة لنصوص الشريعة وأحكامها وقواعدها والآداب التي يتحلى بها الناس ضمن إطار الشريعة(١).

شروط صحة العقد

الشروط كلمة شرط، بفتح الشين وسكون الراء، مصدر شَرَط.

ويراد به: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم.
أو أن تقول: ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلاً في ماهيته(٢).

فالطهارة في الصلاة شرط لصحتها، مع أنها لا تعتبر جزءاً منها.

وشرط القدرة على التسليم في عقد البيع، فإن العقد لا يصح إلا به، مع أنه خارج عملية تكوين وجود العقد. وكشرط التقابض في المجلس في عقد الصرافة، فإن العقد لا يصح إلا به مع أنه لا يعتبر داخلاً في ذات الصرافة نفسها.

وكشرط الشهادة في عقد الزواج، مع أن الشهادة خارجة عن وجوده بأركانه. وكشرط تحديد المدة الزمنية في عقد الإجارة، مع أنه خارج عن وجوده بأركانه وهكذا، فلكل عقد شروطه الخاصة التي يتميز بها.

والأثر الذي يترتب على عقد افتقد شرطاً من شروط صحته هو الفساد والمستوجب للفسخ، ولا يترتب عليه الآثار التي تترتب عليه فيما لو كان عقداً صحيحاً.

ويلاحظ: أن افتقاد شرط الصحة يختلف في آثاره فيما بين العبادات والمعاملات لدى الحنفية، فهو في العبادات سواء من حيث الفساد والبطلان. وأما في المعاملات، افتقاد الشرط يؤدي إلى الفساد مع وجود العقد، والبطلان

---

(١) انظر: د. محمصاني: النظرية العامة التوصيات والعقود/٣٢٣، وانظر: مبادىء القانون/٣٥٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء (شرط).

يترتب على افتقاده ركناً من أركانه لا شرطاً من شروطه. وهذا التفريق غالباً لا يوجد لدى الجمهور إلا في مستثنيات[1].

شروط نفاذ العقد

ويشترط لنفاذ العقد شرطان اثنان، هما:

١ ــ الملك:

أي بأن يكون البيع مملوك للبائع، أي المعقود عليه، فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام ملكه في المعقود عليه.

٢ ــ الولاية:

فإذا لم يملك العاقد الولاية على المعقود عليه فإنه ينعقد موقوفاً، ولا ينفذ إلا بإجازة المالك للولاية، وعلى هذا بيع الصغير المميز.

والأصل في هذه الشروط، أن الأشياء التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة التمييز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجازه ينفذ وإلا فيبطل.

وعند الشافعي هي من شروط الانعقاد، فلا ينعقد أصلاً بدونه. ولذلك فتصرفات الفضولي باطلة.

وحجته: أن صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية، ولم يوجد أحدهما فلا تصح.

واحتج الحنفية بعمومات النصوص التي تفيد البيع، كقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرّم الربا﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿يأيها الذين

---

(١) انظر صفحة ١٨٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.
(٣) سورة الجمعة، الآية: ١٠.

آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾[1]. فهي تفيد مشروعية البيع من غير فصل بينما إذا وجد المالك بطريق الأصالة أو بطريق التبعية، حيث وجود الإجازة من المالك في الانتهاء.

وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده: فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خصّ بدليل.

وكذلك استدل الحنفية بالسّنة، بما رُوي أن النبي ﷺ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه، وأمره أن يشتري له أضحية، فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ فدعا له بالبركة.

ووجهة الاستدلال: أن حكيماً لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له الرسول ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه، لأن الباطل يُنكر.

واستدلوا بالمعقول، وهو:

أن تصرف العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا، وقد قصد البر والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك في زعمه لعله بحاجة إلى ذلك لكن لم يتبين إلى هذه الحالة لوجود المانع، وقد يغلب على ظنه زوال المانع، فاقد عليه نظراً لصديقه، وإحساناً إليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي هو محتاج إليه، والثواب من الله عزّ وجلّ بالإعانة على البر والإحسان، لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾[2]، ولقوله تعالى: ﴿وأحسنوا إن الله يحب المحسنين﴾[3].

شروط لزوم العقد:

وقد ينفذ العقد صحيحاً نافذاً لكنه غير لازم، ولذلك قد اشترط من

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.
(٢) سورة المائدة، الآية: ٢.
(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.

أجل لزوميته بأن يكون خالياً عن الخيارات، خيـار التعيين وخيار الشـرط، وخيار الرؤية وخيار العيب[1].

الإرادة ومدى أثرها في العقود

الأصـل في الإرادة أنها بـاطنة، أمـرٌ خفي قائم بـالنفس، لا يعرفهـا الآخرون إلا بأن تظهر بإحدى الوسائل التعبيرية المعروفة، كاللفظ والكتابة والإشـارة والتعاطي، وكمـا قد سبق الكـلام في صيـغ العقـود، وأنهـا هي المعتمدة للدلالة على حقيقة الرضا والقصد في نفس المتعاقد أو المتكلم. وإلا كان الحكم عليها من باب الظنون والأوهام.

ولذا فقد لاقت الإرادة الباطنة والوسيلة المظهـرة اهتمامـاً كبيراً عنـد السادة الفقهاء والأئمة؛ وليس إلا بغية الوصول إلى الحق والحقيقة.

وقد يبدو من التكلم ما يعتبر من الوسائل المظهرة، ولكن لا يتأكد منها على قصد قائلها، كأن يكون نائماً أو مجنوناً أو سكراناً أو مكرهاً أو هازلاً، وإلى ما هنالك من أحوال قد تعترض على أهلية المتعاقد.

ومجمل تقسيمات المتكلم لا تخلو عن الأحوال التالية:

١ ــ أن يصدر عنه الكلام دون قصد منه أو اختيار، كما في حال النائم والمجنـون والصبي الصغيـر، فـلا أثـر لكـلام هؤلاء عن أي تصـرف من تصرفاتهم، عقوداً كانت أم غير عقود كالايقاعات ونحوها.

وفي هذا قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق»[2].

فـإن مناط التكليف كـامن فـي وجود العقـل، وهؤلاء لا عقل معهم

---

(١) انـظر: بدائـع الصنائـع ج ١٣٦/٥، المغني لابن قدامـة ج ٢٢١/٤، فتح القـدير ج ٤١٠/٦.

(٢) انظر: تسهيل الوصول إلى علم الأصول/٣١٠، أعلام الموقعين ج ١٢٠/٣، نظرية العقد لهاشم الحسني/١٩٨.

فيحمّلون مسؤولية ما يصدر عنهم من كلام.

وهل يدخل تحت هذه الحال كلٌ من المكره والسكران؟

المكره:

هو من حمل على ما لا يرضاه، وهو على أقسام ثلاثة، هي:

(أ) ما يعدم الرضا ويفسد الإختيار، كالإكراه بالتهديد بإتلاف النفس أو العضو، وهو ما يسمى بالإكراه الكامل.

(ب) ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، كالإكراه بالحبس والضرب الذي لا يخاف منه على هلاك النفس.

(ج) لايعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، وهو كالتهديد والتخويف المجرّد، فمذهب الحنفية ـ وهم أصحاب هذا التقسيم ـ إلى أن المكره يبقى مخاطباً ومكلفاً وأهلاً للتكليف، نظراً لوجود ما به من الأهلية، وهو العقل والبلوغ، ولذا فيقع منه الطلاق وسائر الإيقاعات كالطلاق والرجعة والنذر ونحوه، وإن لم يرض بها وذلك لوجود القصد، فالإكراه أفسد الرضا ولم يفسد القصد.

وتقع العقود منه، كالبيع ونحوه مما يحتمل الفسخ ويتوقف على الرضا، فينعقد فاسداً، لفساد الرضا، وبحيث لو أجاز التصرف بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة صح العقد لزوال المفسد بالإجازة[1].

وخلاصة قول الحنفية: أنه لا تأثير له على وجود العقد وإنما الإكراه هو مزيل لطيب النفس والرضا، وهذه المميزة ليست من شرائط أركان العقد، بل هي من شرائط صحته، ولذا فيقع وإن كان فاسداً نظراً لفقدانه شرط الصحة، إذ مبنى العقود على الاختيار، وهو قد اختار وإن لم يكن راض باختياره.

وأما في الإيقاعات كالطلاق واليمين والرجعة، فتقع منه كما تقع منه في العقود على سواء.

---

(١) تسهيل الوصول/٣٢٠.

وللرضا فيما بعد تأثير على العقد وآثاره، وليس له من تأثير على عقد الزواج نظراً للحديث القائل «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جد» وذكر منها الزواج والطلاق.

وعند الآخرين من الفقهاء: الإكراه سالب للاختيار، وسواء سلب الاختيار أو سلب الرضا، فسلب أحدهما هو سلب للآخر، وبناء لهذا فلا ينتج عن ألفاظ المكره أو تعبيره الظاهر، كالكتابة مثلاً، أي عقد من عقود المعارضات وليس كما يقول الحنفية بفساد العقد ووجوده، بل يقولون ببطلان العقد وأنه غير موجود، وسواء في المعاوضات أو في غيرها من الإيقاعات كالطلاق والرجعة، وفي هذا قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1] ودون تفرقة ما بين عقد معاوضة أو نكاح أو إيقاعات.

وقال ابن القيّم: المكره قد أتى باللفظ المقتضي للحكم ولم يثبت عليه حكمه لكونه غير قاصد له، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه، فانتفى الحكم لانتفاء قصده وإرادته لموجب اللفظ، فعلم أن نفس اللفظ ليس مقتضياً للحكم اقتضاء الفعل لأثره» وقال: المكره قد دفع الظلم عن نفسه».

السكران:

السكران من السكر، والسكر هو سرور يغلب العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له، فيمنع الإنسان من العمل بموجب تغطية عقله من غير أن يزيله[2].

والسكر قد يكون بسبب مباح كشرب الدواء المسكر، وشرب المكره فيكون مانعاً له، كالإغماء فلا يقع منه طلاق ولا زواج ولا أي عقد من العقود.

وإن حصل له السكر ودون عذر مقبول، أي لا سبب مبيح كما سبق، فهذا لا ينافي الخطاب والالتزام، فتلزم أحكام الشرع وتقع عباراته في الطلاق

(١) أعلام الموقعين ج ٣/١٢٤.
(٢) تسهيل الوصول/٣١٦.

والبيع والزواج والإقرار، زجراً له عن ارتكاب المحظور.

وسوى أشياء كالردّة والحدود الخالصة لله تعالى.

وهو كذلك رأي جمهور الفقهاء، أي على التفريق في الحكم بناء لاختلاف الحال في السكر[1].

وابن القيّم قد نقل الإجماع على عدم وقوع شيء إذا كان يعذر لسكره، وأما إذا كان لا يعذر، قال: فإن المتأخرين من الفقهاء اختلفوا فيه، والثابت عن الصحابة الذين لا يعلم منه خلاف بينهم أنه لا يقع طلاقه.

وقد رجّح ابن القيم عدم وقوع شيء منه، لا عقود ولا طلاق ولو سكر بغير عذر وقال: والصحيح أنه لا عبرة بأقواله من طلاق أو عتاق ولا بيع ولا هبة ولا وقف ولا إسلام ولا ردة ولا إقرار.

ثم قال: والقياس الصحيح المحض على زائل العقل بدواء أو بنج أو سكر هو فيه معذور بمقتضى قواعد الشريعة، فإن السكران لا قصد له، فهو أولى بعدم المؤاخذة من اللاغي ومن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له، وقد صرّح أصحاب أبي حنيفة بأنه لا يقع طلاق الموسوس، وقالوا: لا يقع طلاق المعتوه»[2].

وعلى عدم وقوع أي شيء قول الجعفرية[3].

٢ ــ أن يصدر الكلام عنه عن قصد واختيار ومن غير أن يعرف بمعاني الألفاظ، كمن يلقن شخصاً كلاماً ولا يدرك معناه، كأن يتلفظ بقول: بعت، اشتريت، تزوجت، ولكنه جاهلٌ بمعناها، ولا يدرك ما تؤدي إليه. فمثل هذا لا يترتب على كلامه أي شيء، لا في عقود ولا في إيقاعات.

---

(١) تسهيل الوصول، المدخل إلى الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى/٢٣٣، نظرية العقد/٦٨.
(٢) أعلام الموقعين ج ٤/٤٩.
(٣) نظرية العقد/٦٨.

٣ ـ أن يصدر الكلام منه، وهو قاصدٌ للتلفظ به، وهو عالم بغاياتها ومتصورٌ لمعانيها ويقصد لها، فمثل هذا تترتب عليه سائر الأحكام.

٤ ـ أن يصدر الكلام منه وهو قاصدٌ له وعالم بغايات الكلام ومتصورٌ لمعانيها، لكنه غير قاصدٍ لها، فإما أن يقصد خلافها، وإما أن لا يقصدها ولا غيرها من المعاني.

أما الاحتمال الأوّل:

وهو أن يقصد بكلامه خلاف معناه، وهذا الاحتمال بذاته، قد يكون قصده لأمر جائز، كقوله لزوجته: أنت طالق، ويقصد من زوج قبله، كأن تكون متزوجة قبله برجل قد طلقها، أو كأن يقول لزوجته أنت عندي مثل أمي» ويقصد في الكرامة والمنزلة.

فمثل هذه الألفاظ وبهذا الاحتمال، لا تلزمه أحكامها فيما بينه وبين الله تعالى. وأما في القضاء، فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم تلزمه أيضاً لأن السياق والقرينة بينة على صدقه.

وإن لم تكن هناك من قرينة تدل على حسن نيته، فلا يقبل منه ادعاؤه. وقد يكون قاصداً لمعنى لا يجوز شرعاً، كالتعاقد في نكاح التحليل، والتعاقد على بيعه العنب لمن يتخذها للخمر.

وهنا نتعرض لهاتين المسألتين، مسألة عقد التحليل، وعقد البيع المؤدي إلى معصية.

(أ) أن يتخذ تعاقده بغية شيء محرم. ومثاله: نكاح التحليل.

نكاح التحليل أمرٌ منكرٌ بناء لحديث رسول الله ﷺ «لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلل له»[1] وقوله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلّل والمحلل له»[2].

---

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه الخمسة إلا النسائي.

(٢) رواه ابن ماجه، انظر نيل الأوطار ج ١٥٧/٦ كتاب النكاح.

النصوص تقتضي حرمة هذا النوع من النكاح، نظراً لقصد الشيء المحرّم. وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا العقد، فذهب كل من أبي حنيفة والجعفرية والشافعية إلى القول بصحته، وإن كان فاعله آثماً.

وذهب كل من المالكية والحنابلة إلى فساد العقد، بمعنى أنه نكاح مفسوخ. وسبب الاختلاف اختلافهم في مفهوم النص، فمن فهم اللعن بالإثم فقط قال: النكاح صحيح، ومن فهم من التأثيم فساد العقد، قال: النكاح فاسد[1].

ويلاحظ: أن من أخذ بالإرادة الظاهرة اكتفى بها، وصحّح العقد. ومن أخذ بالإرادة الباطنة، ووجدها لا تتوافق مع الشرع، قد أبطل العقد بناءً لضرورة توافق الإرادة الباطنة مع الشرع وإلا فلا.

والكل متفق على الإثم في هذا العقد، والاختلاف في العقد.

بيع العنب إلى من يتخذه خمراً:

ذهب أهل العلم إلى منع بيع العنب ممن يتخذه خمراً، وهو اتفاق فيما بينهم على كراهة هذا العقد سوى ما قاله الإمام أحمد بالحرمة وبعدم صحة العقد.

وحجة من قال بالكراهة:

أن البيع قد تم بأركانه وشروطه، فإن ما يؤاخذ به العبد هو المقاصد لا الوسائل، وهذا البيع من الوسائل، فضلاً عن كونه قد يحال بين المشتري وبينها لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره.

ومن حجتهم على صحة هذا العقد: أن المعصية لا تقوم بعين البيع، بل بعد تغيّره، وأن ما تقوم به المعصية بعينها ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع، كالسلاح من أهل الفتنة، لأن السلاح لا شيء من التغيّر يحصل له[2].

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٦٣، نيل الأوطار ج ٦/١٦٥، أحكام الأسرة/٥٣٣.
(٢) الميزان ا لكبرى ج ٢/٦٧، المغني ج ٤/٢٤٥، الحاشية ج ٥/٢٥٠.

وأما من قال بعدم الصحة أصلاً فقد احتج بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[1] وهذا يقتضي التحريم لأنه نهيٌ بيّن واضح.

٢ ـ ما ورد في السّنة من نهي عنها وعما يحيط بها. فقد ورد عن أنس أنه قال: «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقيها وبائعها وآكل ثمنها والمشتري لها والمشتراة له»[2].

وقوله ﷺ: «من حبس العنب أيام القطاف ممن يتخذه خمراً فقد تقحّم النار على بعيره»[3].

وفي رواية أخرى بزيادة «من يهودي أو نصراني»[4].

وهذا دليل واضح على تحريم بيع العنب ممن يتخذه خمراً لوعيد البائع بالنار.

قال الصنعاني: وهو مع القصد محرّم إجماعاً[5].

والمراد بالقصد: التعمد للبيع إلى من يتخذه خمـراً ولا خلاف في التحريم مع ذلك[6] وردّ القائلون بعدم الصحة على من صح العقد بحجة وجود أركانه وشروطه: بأن المانع من الصحة موجود، وهو النهي.

وإذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري إماصراحة وإما بقرائن تدل على ذلك.

وأما إن كان الأمر محتملاً، مثل: أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٢) رواه الترمذي وابن ماجه.

(٣) رواه الطبراني في الأوسط باسناد حسن.

(٤) رواه البيهقي في شعب الإيمان.

(٥) سبل السلام ج ٣/٣٠.

(٦) نيل الأوطار ج ٥/١٧٤.

يعمل الخل والخمر معها، ولم يتلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز.

وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطّاع الطرق أو الفتنة، أو إجارة دار لبيع الخمر فيها، ونحوه فهي عقود باطلة[1].

وخلاصة القول: أن البيع وإن علم ممن يتخذه صحيح لكنه آثم وحرام، ولكن حرمته لا تقتضي الفساد، لأن العلة هنا لأمر خارج عن إطار العقد من جهة أركانه وشروطه.

والحرمة فيه لكونه إعانة على معصية، وهو قول الجمهور[2]، وأما عند الإمام أحمد فالعقد باطل فضلاً عن الحرمة والإثم وكذلك كل بيع يستعان به على معصية.

والكل متفق على الحظرية المترتب عليها الإثم ديانة، وإنما الاختلاف من جهة القضاء، فالجمهور على صحة العقد، وأحمد على بطلانه[3].

الاحتمال الثاني:

وهو أن لا يقصد معاني الألفاظ ولا غيرها من المعاني.

وتحت هذا الاحتمال نلاحظ عبارة كل من الهازل والملجأ.

أماالهازل، فللعلماء في عبارته أقوالٌ عدة.

١ ـ عدم الاعتداد بعبارته في إنشاء العقود لوجود القرينة الصارفة عن حقيقة إنشائه الناتجة عن إرادة، وهي الأصل في العقود؛ فإذا عدمت الإرادة انتفى العقد؛ وهذا القول لبعض المالكية.

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٤/٢٤٦.

(٢) نفس المرجع، مغني المحتاج ج ٢/٣٦، نيل الأوطار ج ٥/١٧٣، سبل السلام ج ٣/٣٠.

(٣) الميزان الكبرى ج ٢/٦٧، وأعلام الموقعين ج ٣/١٥٨.

٢ ـ الاعتداد بعبارته في إنشاء العقود وما يترتب عليها من آثار، وهو الراجح لدى الشافعية، لكون قصد النطق بالعبارة، دال على رضاه بالعقد دون التفات إلى ما يدعيه من هزل، لأن فتح مثل هذه الأبواب يعتبر خللاً في المعاملات وعدم استقرارها.

٣ ـ صحة عبارته في إنشاء العقود والتصرفات التي يستوي فيها الجد والهزل وهي العقود والتصرفات التي ورد الشرع بوجودها مع الجد والهزل. وهي: الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة واليمين.

وهو قول الحنابلة وأكثر المالكية والسبب في هذه التفرقة أن الأولى ورد فيها نص شرعي فهي حق الشرع، وحقوق الشارع لا تكون موضعاً للهزل واللعب، وأما ما تبقى من العقود فلم يرد بها نص، فتبقى على أصلها من حتمية الإرادة والقصد، وإذا طرأ عليها هزل انتفت فينفي العقد، ويكون باطلاً.

وفي حال ما إذا رضي الهازل بالعقد بعد بطلانه لا ينقلب صحيحاً لأن الباطل لا يلحقه صحيح.

٤ ـ عبارته صحيحة في العقود التي عدّها أصحاب القول الثالث، وأما باقي العقود والتصرفات فهي تصلح لإنشاء العقد ووجوده ولكنها غير صحيحة ولا يترتب عليها آثار لانتفاء الرضا الذي يعتبر شرطاً في صحته.

ومع هذا ينعقد العقد ويكون فاسداً، فإذا ما رضي الهازل انقلب من الفاسد إلى الصحيح؛ وهذا هو رأي الحنفية.

التلجئة:

التلجئة من ألجأ يقال ألجاه إلى كذا: أي اضطرّه إليه[1].

وأما في الإصطلاح: فهو ما ألجأ إليه الإنسان بغير اختياره، كأن يخاف الرجل السلطان فيقول لآخر: إني أظهر أني بعت داري منك، وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك.

---

(١) مختار الصحاح مادة (لجأ).

وكما عرفه صاحب رد المحتار: هو إظهار عقد بين اثنين وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو[1].

ويعبر عنه بالعقد الصوري، بأن يتفقا في الظاهر على شيء وبأنه لغو، ولا يمثل إرادتهما الباطنة، بتفاهم فيما بينهما على صورة هذا العقد، نظراً لظرف معيّن ألجأهم إلى هذا العقد.

وبيع التلجئة هو عقد اختلف في حاله الفقهاء؛ فذهب الحنابلة وصاحبا أبي حنيفة إلى بطلانه، وحجتهم: أنهما لم يقصدا البيع، فلم يصح منهما كالهازلين، ولم يكن إلا بقصد الاحتماء ودون إرادة للبيع حقيقة.

وذهب كل من أبي حنيفة والشافعي إلى صحته، لأن البيع بأركانه وشروطه قد تمّ خالياً عن مقارنته لمفسد، فصحّ، كما لو اتفقا على شرط فاسد، ثم عقد البيع بغير شرط[2].

فمن ذهب إلى التصحيح فقد سلك مسلك الأخذ بما ظهر من الإرادة، ومن ذهب إلى البطلان فقد سلك مسلك الأخذ بما بطن من الإرادة.

□□□

(١) الحاشية ج ٤/٢٤٢.
(٢) الحاشية ج ٤/٢٤٢، المغني ج ٤/٢٣٦.

المبحث الثاني
الشروط والعقود

إنه وإن كان الأصل في العقود اللـزوم وتنفيذ مقتضاها ودون توقف على شيء، بيد أن المقصود بالعقود تحقيق مصالح العباد وتأمين راحتهم، وأن هذا يقتضي من جانب آخر الأخذ بما يحقق للناس مصالحهم، وبمراعاة عدم الخروج عن خصائص العقود وضوابطها.

ولـذا فقد تعرض الفقهاء إلى مسألة الشروط في العقود من حيث المبدأ، أيصح؟ أم لا؟ وإن صحت ففي أي جانب هي؟ وما مدى ما تصل إليه هذه الصحة؟ وما مدى تأثير هذه الشروط على العقود.

وإن اختلف الفقهاء في الأصول الضابطة للشروط مع العقود، فيجمعهم دوائر ثلاثة، دائرة تتميز بالتشديد والتضييق، وهي للظاهرية، ودائرة تتميز بالتوسعة لكن بتحفظ، وهي للجمهور، ودائرة تتميز بالتوسعة أكثر سوى ما استثناه الشرع، وهي للحنابلة.

الدائرة الأولى ــ وهي للظاهرية:

الأصل في الشروط مع العقود عندهم المنع والحظر إلا ما ورد الشرع به، ولم يصححوا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه واستصحبوا الحكم الذي قبله، وطردوا ذلك طرداً جارياً.

الدائرة الثانية ــ وهي للجمهور:

فقد ذهب الحنفية إلى أنه لا يصح من الشروط إلا في العقود التي تقبل الفسخ، وإذا كان العقد غير قابل للفسخ فلا يصح الشرط فيه، كعقد النكاح، وحيث عدم قابليته للفسخ وبالتالي لا يبطل بالشروط، حتى ولو كانت فاسدة.

والشروط عندهم هي كما يلي :

١ ـ أن يكون موافقاً لمقتضى العقد

والمراد بمقتضى العقد، أي ما يفهم منه من صيغته بدون ذكر الشروط.

ومن هذه المقتضيات: تسليم البائع السلعة للمشتري وتسليم المشتري الثمن للبائع، ولأن التسليم والتسلّم يفهم من العقد دون اشتراط.

فإذا اشترط في العقد تسليم المبيع فوراً، أو تسلّم الثمن فهو شرط صحيح وكذلك العقد، لأنه شرط يقتضيه العقد، وكذا فيما لو اشترط البائع حبس المبيع حتى يدفع له الثمن، وكذلك ما كان من الشروط موافقاً لمقتضى العقد في الزواج كأن تتزوجه شرط أن ينفق عليها، أو أن يعاملها بالمعروف، فهو شرط لا يؤثر على العقد لأنه شرط معتبرٌ من مقتضيات العقد، فضلاً عن عدم تأثر الزواج بالشروط حتى ولو كانت فاسدة، لأن الزواج من العقود التي لا تقبل فسخاً.

وإن اشترط في العقد ما يخالفه، كأن باعه شرط أن يقرضه مبلغاً من المال فهو شرط فاسد.

ووافق الحنفية في هذا كل من المالكية والشافعية.

٢ ـ أن يكون ملائماً لمقتضى العقد

والملاءمة هي التأكيد لموجبات العقد، كأن يبيعه شرط أن يقدّم فلاناً كفيلاً.

٣ ـ أن يرد الشرع به

وذلك مثل اشتراط الخيار لفترة زمنية، كأن يبيعه شرط أن يكون له الخيار ثلاثة أيام.

فالقياس ألّا يصح مثل هذا الشرط، لأنه يؤثر على مقتضى العقد ويخالفه. ولكنه أجيز لورود النص به هو قوله ﷺ: «إذا ابتعت فقل لا خلابة

ولي الخيار ثلاثة أيام»[1].

٤ ــ أن يكون مما تعارف الناس عليه

فإذا كان مما تعارف الناس عليه فهو جائز وإلا فلا، ومثاله: كمن يشتري من آخر قماشاً واشترط عليه خياطته، أو نعلاً واشترط عليه صنعه حذاء، وهكذا. . وكأن يشتري شيئاً واشترط عليه توصيله إلى البيت، والقياس في هكذا شروط الحظر، وإنما أجيزت استحساناً نظراً للتعامل والحاجة إليه، ولولا ذلك لكان فاسداً لما يوجد فيه من نفع لأحدهما.

ومن هذا القبيل: الاستصناع مع أنه بيع المعدوم[2].

وعلى أصولهم المالكية، وكذلك الشافعية، سوى مستثنيات.

ويجمع الشرط الفاسد عند الشافعية أن يكون مما لا يقتضيه العقد أو لم يكن فيه مصلحة.

ومثاله: أن يشترط عليه ألا يبيع السلعة التي يبيعها إياها.

وكذلك كأن يشتري دابة كونها حاملاً، ففي هذا الشرط مصلحة زائدة للمشتري. وكذلك فيمن اشترى واشترط أن يكون البيع غير مرهون، فإنه شرط لمصلحة العقد. وفيمن اشترى واشترط قطع الثمرة، حيث لا يصح بيع الثمرة قبل ظهور صلاحها بدون أن يشترط قطعها.

فالشرط في مثل هذا ضروري لمصلحة العقد.

وقد اعتمد الجمهور فيما ذهبوا إليه من صحة الشروط والتوسعة فيها أكثر مما ذهب إليه الظاهرية، كلًا من الدليل النقلي والدليل العقلي.

أولاً ــ الدليل النقلي:

قصة بريرة الشهير، فقد رُوي في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «جاءتني بُريرة، فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل

---

(١) انظر: الحاشية لابن عابدين ج ١٢٣/٤، فتح القدير ج ٤٦٦/٦.
القواعد النورانية الفقهية/١٨٦.

عام أوقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدّها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بُريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق. ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد، وما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق».

وجهة الاستدلال: أن قوله «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع، فليس في كتاب الله، وان ما كان من السّنة أو الإجماع فهو من كتاب الله بواسطة دلالته على إتباع السّنة والإجماع.

ثانياً ــ الدليل العقلي:

وهو القياس، حيث القياس لجميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع، وبمنزلة تغيير العبادات، واعتبروا أن العقود مشروعة على وجه، ولا يجوز اشتراط ما يخالفها والشروط والعقود والتي لم تشرع تعدٌّ لحدود الله وزيادة في الدين.

القول الثالث، وهو للحنابلة.

يذهب الحنابلة إلى أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً.

وعلى هذا تقوم أصول أحمد وتجري، وأن هذا المذهب هو الأكثر تصحيحاً للشروط، وليس من الفقهاء أكثر تصحيحاً للشروط منه، ولعلّ ذلك يعود إلى ما قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ، وعن

الصحابة رضي الله عنهم ما لا تجده عند غيره من الأئمة، فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه.

وعلى ضوء منطلقهم وأصولهم تنقسم الشروط إلى قسمين اثنين، هما:

القسم الأول:

ويتضمن الشروط الصحيحة، وتعتبر لازمة في حق من اشترطت عليه، وأنه يلزمه الوفاء بها، وهذه الشروط على أنواع هي:

١ ـ ما كان من مقتضى العقد، كالتقابض في المجلس وحلول الثمن.

فشرطه وعدمه سواء، لأن ما اشترط لازم دون شرط.

٢ ـ ما كان فيه مصلحة للعاقد، كأن يشترط عليه صفة في الثمن، كتأجيله أو تعجيل البعض إلى وقت معلوم، ومنه: اشتراط الرضى حتى يدفع الثمن وضمان شخص معين بالثمن أو ببعضه، ولأنه يتضمن مصلحة تعود على العاقد.

٣ ـ ما كأن فيه اشتراط منفعة مباحة معلومة المبيع، كان يبيعه داراً ويشترط عليه أن يسكنها لمدة معلومة، كشهر مثلاً، أو لأي وقت محدود، وعلى هذا الاشتراط بالنسبة للسيارة بحمل أو بركوب، والاشتراط على البائع توصيل المبيع إلى البيت.

فهذه وأمثالها شروط يلزم الوفاء بها في حق من اشترطت عليه، ويكون البيع لازماً بالوفاء بها، وإلا فلا، أي يكون من حق صاحب الشرط فسخ العقد.

القسم الثاني:

ويتضمن الشروط الفاسدة، وهي أنواع ثلاثة:

١ ـ ما يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر، كأن يشترط عليه عقداً آخر، كأن يبيعه داراً ويشترط عليه أن يبيعه بيته، أو أن يشاركه في تجارة.

٢ ـ ما يكون منافياً لمقتضى العقد، كأن يشتري سلعة ويشترط عليه أن

تروج وإذا كسدت فيردها عليه، أو أن يبيعها دون خسارة، فإذا خسرت كانت الخسارة عليه، أي على البائع.

٣ ــ ما يشترط ويتضمن تعليق البيع عليه، كأن يبيعه شيئاً شرط أن يأتيه بكذا. أو أن يشترط رضا فلان.

فمثل هذه الشروط هي شروط فاسدة.

وقد استدل الحنابلة بالنصوص العامة والخاصة من الكتاب والسّنة، وأنه قد جاء فيها الأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك.

والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك. وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد: هو الوفاء به فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دلّ على أن الأصل فيه الصحة والإباحة[1].

الشروط وعقد الزواج:

قد بانت أحكام هذه المسألة فيما قبل، وهي مجموعة بما يلي:

١ ــ كل ما كان من مقتضيات عقد الزواج، وشرطه أحدهما، يلزم الوفاء به.

٢ ــ كل ما كان مبطلاً لأصل العقد ابتداءً كالتأقيت فيه أو في الطلاق، فالشرط والعقد باطلان ولا وجود لهما.

٣ ــ كل ما كان من متناقضات العقد ومنافياً لمقصوده، كشرط عدم المجامعة، أو المعاشرة السيئة، لا التزام به مع بقاء العقد، ولأنه شرط يضاد ما يترتب مباشرة على عقد الزواج.

٤ ــ ما لا يعتبر من المتناقضات مع المقتضى للعقد، ولا من

---

(١) انظر: القواعد النورانية الفقهية/١٩٧، بتصرف.

المبطلات، كشرطها عليه إسكانها في مكان معيّن أو عدم تزوجه عليها، فهذه وأمثالها شروط لها فروق عند الفقهاء.

فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم اعتبارها ملزمة للرجل الزوج، فلا صحة لها ولا تأثير على بقاء العقد، وكذلك المالكية إلا أنه إن وفى بها فهو من باب الاستحباب.

وذهب الحنابلة إلى صحة هذه الشروط وأمثالها، وأنه يلزم الوفاء بها وإلا فلها فسخ النكاح.

وهؤلاء ــ كما سبق ــ الأكثر تصحيحاً للشروط وتوسعة لها ما لم تكن متعارضة مع المقصود الأصلي للعقد أو مقتضياته، أو مع شيء منهي عنه، كطلاق ضرتها، كأن قبلت معه بالزواج شرط طلاق ضرتها فهذا لا يجوز ولا يلزم به، وكذلك الاشتراط على الميراث مع أن الزوجة غير مسلمة، لنهي النبي ﷺ عن ذلك «لا يتوارث أهل ملتين».

فلو اشترطت عليه ميراثها منه أو اشترط عليها ميراثه منها، فهو شرط فاسد ولا يجوز.

أثر الشروط على العقود:

وعلى ضوء ما تقدّم، فإن أثر الشروط على العقود يُبنى على منطلق كل دائرة فعند الظاهرية لا تأثير للشرط على العقد، وهو باطلٌ، إلا ما قد ورد به نص أو إجماع، فإنه معتبرٌ، فإن تحقق نفذ العقد، وإلا فالعقد باطل.

وعند الجمهور، إن كان الشرط في عقد لا يقبل الفسخ، كالنكاح مثلاً فإن الشرط يفسد والعقد صحيح، ولا تأثير له على حكم العقد ولا على آثاره.

وإذا كان الشرط في عقود المعاوضات المالية كالبيع، فإن كان صحيحاً فهو لازم، ويلزم الوفاء به في حق من اشترط عليه، ويكون البيع لازماً بالوفاء به، وإلا لصاحب الشرط حق فسخ العقد.

وإذا كان فاسداً وفي عقود المعاوضات، أبطل العقد.

وإذا اقترن بعقد من شأنه مبادلة المال بغير مال، فالعقد باق والشرط باطل وحده، وذلك كالقرض، كأن يقول له: أقرضتك على أن تخدمني شهراً فيلغو الشرط ويبقى العقد.

وإذا كان الشرط باطلاً، وهو ما لا مصلحة فيه لأحد منهما، ولا يقتضيه العقد، ولا من مؤكداته، ولم يرد أثر فيه، كالبيع بشرط عدم البيع فالشرط باطل والعقد باق على صحته، وسواء في العقود كلها، معاوضة كان أم غير معاوضة[1].

□□□

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد/١٩٥، د. فراج/نظرية العقد/٤٣٢ هاشم الحسني.

المبحث الثالث

الخيارات والعقود

الخيارات جمع لخيار، وهي حقوق تثبت للمتعاقد. وشرعت بغية الحفاظ على مقاصد العقود، منها ما قد ثبت للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن، كخيار الشرط، ومنها ما قد شرع نتيجة عقد على شيء ولم يره الطرف الثاني، كخيار الرؤية، ومنها ما قد شرع بسبب عيب في محل العقد، كخيار العيب وكذلك كل خيار ثابت يكون تابعاً لسببه، كخيار الغبن، وخيار الغرر وخيار المجلس وخيار النقد وخيار الصفقة..

والمقصد الكلي من ثبوت هذه الخيارات هو تحقيق رضا ورغبة المتعاقد في الشيء المعقود عليه، وحتى لا يدخل في ملكه شيء لا يرضى به فشرعت هذه الخيارات بغية ضمان مراد المتعاقد ورغبته المبدية في العقد، وكذلك الخيار بالنسبة للطرف البائع. فكما يثبت للمشتري يثبت للبائع كما في خيار الشرط وفي خيار النقد ونحوه.

أولاً:

خيار المجلس

والمراد إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فإلى متى يبقى إيجابه موجوداً؟ وما مدى زمن القبول من جهة الطرف الآخر؟

قال صاحب الهداية: «إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء ردّ، وهذا خيار القبول».

وإنما يمتد إلى آخر المجلس، لأن المجلس جامع المتفرقات،

فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة، دفعاً للعسر وتحقيقاً لليُسر».

ولا يُلزم الموجب بإيجابه قبل قبول الآخر، ولذا كان له أن يرجع عن إيجابه ولكن قبل قبول الآخر، ولأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى.

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية. وأنه ما دام الطرف الآخر لم يحصل منه القبول فلا التزام فيما بينهما، وان لكل واحد منهما الخيار في الإثبات وعدمه.

والخيار محدّد بشيئين اثنين، هما:

١ ـ أن يصرح الطرف الآخر بالرفض، أو أن يرجع الموجب عن إيجابه صراحة قبل قبول الآخر.

٢ ـ أن يقوم أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر، لأن القيام دليل الإعراض عن العقد، واعتبر المجلس هنا من باب التيسير ورفع الحرج وإلا فالأمر ينبغي أن يكون بالتعاقب بين كلام المتعاقدين إيجاباً وسلباً.

فدفعاً للحرج ودركاً للمصلحة ودرءاً للمفسدة فقد شرع المجلس للتروي في القرار، وقرّر الحنفية: أنه بمجرد أن يقبل الطرف الآخر والموجب ما زال على إيجابه وقع العقد ولزم، ولا خيار بعد لواحد منهما، إلا لعيب أو عدم رؤية. وبهذا قال المالكية[١].

وذهب كلٌ من الشافعية والحنابلة إلى أن الخيار باق ما لم يتفرقا أبداناً، حتى ولو وقع الإيجاب والقبول فكل واحد منهما الرجوع إلى ما لم يتفرقا بأبدانهما، وهو قول أكثر أهل العلم، كما يقول صاحب المغني، ونسب هذا القول إلى عمرو ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وغيرهم، وكذلك إسحاق

---

(١) انظر: الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٣٥٦/٦، الاختيار ج ٥/٢، شرح ملا مسكين ج ٢/٢، الحاشية ج ٢٠/٤، بداية المجتهد ج ١٨٢/٢، أسهل المدارك ج ٢٢١/٢، نيل الأوطار ج ٢٠٨/٥.

وسعيد بن المسيّب وشريح والشعبي وعطاء وطاووس والزهري والأوزاعي[1].

وقد احتج أصحاب هذا القول بكل من الدليل النقلي والدليل العقلي.

الدليل النقلي:

وهو قوله ﷺ «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخيّر أحدهما الآخر فإن خيّر أحدهما فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع»[2].

وقوله ﷺ «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

وتفيد هذه النصوص وغيرها أن الأمر منوطٌ بالتفرق بالأبدان[3].

الدليل العقلي:

وقد استدل بأن حاجة الناس داعية إلى مشروعية هذا الخيار، لأن الإنسان قد يبيع شيئاً أو يشتري ثم يبدو له أنه قد غُبن أو أن الصفقة ليست في مصلحته فيندم ويحتاج إلى التدارك بالفسخ فيكون خيار المجلس مشروعاً، تداركاً لهذا المعنى[4].

وأما من قال بعدم مشروعية خيار المجلس (أبداناً) فقد استدلوا بكل من الدليل النقلي والعقلي.

الدليل النقلي:

قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ج ٣/٥٦٣.

(٢) متفق عليه.

(٣) المغني ج ٣/٥٦٣.

(٤) انظر: نظرية الخيار في العقود الغفاري/٣.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٢.

تـراضٍ منكم﴾[٢].

وجهة الاستدلال:

أما في الآية الأولى: أنه بعد الإيجاب والقبول حل العقد، وقد ألزمنا بالوفاء به.

وأما في الآية الثانية أنه بعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراضي غير متوقف على التخيير.

وفي قـوله تعـالى: ﴿وأشهدوا إذا تبـايعتم﴾ [٢] وحيث إفـادة التـوثيق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع.

والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، وقولهم ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه الخصوص، ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار. والعقد الملزم يعرف شرعاً، وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة[٣].

الدليل العقلي:

واستدل بالقياس، فكما في النكاح والخلع والعتق على مال، وكـل منها عقد معـاوضة يتم بـلا خيار المجلس، بـل بمجرد اللفظ الـدال على الرضا، فكذا البيع.

وفضلاً عن احتجاج هؤلاء لما ذهبوا إليه، فقد نـاقشوا أدلـة المثبتين لمشروعية خيار المجلس، فقالوا:

المراد بالمتبايعين في النص: المتشاغلان في البيع المساومان لا مـن تمّ البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه، ولأنه يفهم من قول القائل: زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر المبيع متراوضـان فيه،

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٢٥٨/٦.

فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقة متعيّن فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق.

وأن المراد بالتفرق بالنص تفرق الأقوال لا الأبدان، وكما في التفرق المفهوم من قوله تعالى في شأن أهل الكتاب ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾[1].

وقوله ﷺ: «افترقت بنو إسرائيل على اثنتي وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة».

ومن أقوال المالكية أن عمل أهل المدينة قائم على عدم الأخذ بخيار المجلس وعمل أهل المدينة مقدّم على النص، كما هو في أصول مذهب مالك إذا تعارض النص معه[2].

وردّ المثبّتون لخيار المجلس بالأبدان على انتقاد الأحناف ومن نحا نحوهم من حمل التفرق على الأقوال والمعتقدات، وأن هذا يعتبر باطلاً لوجوه عدة، هي:

١ ــ عدم احتمال اللفظ له، إذ ليس بينهما تفرق بقول ولا اعتقاد.

٢ ــ أن هذا يؤدي إلى إبطال فائدة الحديث، لأنهما بالخيار قبل العقد في انشائه وإتمامه وتركه.

٣ ــ فقد جعل لهما بعد التبايع الخيار، حيث قوله ﷺ: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع».

٤ ــ فعل الصحابة، فإن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا تبايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع.

---

(١) سورة البيّنة، الآية: ٤.

(٢) بداية المجتهد ج ١٨٤/٢.

٥ ـ ولا يصح القياس، قياس البيع على النكاح، لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد رؤية ونظر، فلا يحتاج إلى الخيار بعده.

ولأنه أيضاً في ثبوت الخيار مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعفة وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه الخيار، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية[1].

ثانياً:
خيار الرؤية

خيار الرؤية: أي خيار سببه الرؤية، من إضافة الشيء إلى شرطه، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار.

والمراد: أن عدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية.

ومثاله: أن يشتري شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ردّه، وكما إذا باع شيئاً في موضع لا يراه المشتري، وسواء وصف له الشيء أم لا، فله الخيار عند رؤيته، إن شاء أخذه بالثمن وإن شاء ردّه.

مشروعية خيار الرؤية:

اختلف السادة الفقهاء في خيار الرؤية، فمنعه الشافعي وأقرّه الجمهور، وإن اختلفوا في بعض الضوابط، وهو كذلك لدى الشافعي في المذهب القديم.

قال الحنفية: حتى يكون خيار الرؤية مشروعاً يجب أن يعرّف المبيع بجنسه ووصفه وإلا فبالإشارة إليه أو إلى مكانه، وإذا لم يعرّف حتى ولو بالإشارة إليه أو إلى مكانه فلا يصح.

والتعريف به هو الصحيح من المذهب، وفي قول بأنه ليس بشرط وهو

(١) المغني ج ٥٦١/٣. بتصرف.

جائز، والاطلاق يدل عليه، وإليه ذهب عامة مشايخ المذهب، وهو الأصح.

والأغلب على تقييده بالإشارة إن لم يوصف.

والمعروف عن الإمام الإطلاق ودون تقييد[1].

وقيّد المالكية باشتراط الصفة أو برؤية متقدمه، والمراد إذا أتى على الصفة التي وُصف بها فهو لازم، وإلا فله الخيار[2].

وأما الحنابلة فقد جوزوا بيع الغائب شرط معرفة صفته، فإذا لم يكن على الصفة المشترطة فله الخيار[3].

وأما الشافعية فعلى القديم من المذهب الجواز لكن ضمن قيود وصف المبيع بذكر جنسه ونوعه. ولكن كما سبق أن الأظهر في المذهب هو أنه لا يصح خيار الرؤية لأنه مبني على بيع الغائب، وبيع الغائب لا يصح عندهم، والغائب هو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما نظراً لوجود الضرر، وهو منهي عنه[4].

والحنفية هم أكثر الفقهاء توسعة وأخذاً بخيار الرؤية، وحسبما تقدم على الاطلاق، وإن وردت أقوال بالقيود.

وحيث أن الحنفية هم الأكثر قولاً به فإنا نورد ما قد استدلوا به كمستند لما ذهبوا إليه، واستدلالهم كامن بالنقل والعقل.

أما النقل فبما روى ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلاً من قوله ﷺ «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه» وهو حديث مرسل وبدون زيادة «إن شاء أخذه وإن شاء تركه»[5].

---

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/٣٣٥، الحاشية ج ٤/٦٤.

(٢) القوانين الفقهية/٢٢٠، بداية المجتهد ج ٢/١٦٨.

(٣) المغني ج ٤/٢٣٤.

(٤) مغني المحتاج ج ٢/١٨، الميزان الكبرى ج ٢/٦٠.

(٥) أخرجه الدارقطني (نصب الراية ج ٤/٩).

والمرسل عند أكثر أهل العلم حجة.

وقد ضعّف الحديث، لكن ابن الهمام يفيد قبول العلماء له وعلمهم به[1].

والحديث نص في الباب فلا يترك بلا معارض.

وهو بظاهره يفيد صحة البيع كالمريري ، وأن للمشتري حق الرد عند الرؤية للمبيع غير المرئي وقت العقد، وسواء وصف أم لا.

وردّ على الحنفية بأخبار تفيد الحظر لمثل هذا البيع.

وذلك قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[2] «ونهيه ﷺ عن بيع الغرر»[3] وهي نصوص لهذا البيع.

فقوله ﷺ لحكيم بن حزام (لا تبع ما ليس عندك) فهو واضح في النهي عن بيع ما ليس في ملكه بناءً لأصل الرواية: وهو أن حكيم بن حزام كان يبيع السلعة قبل أن يملكها ثم يذهب إلى السوق ليشتريها فيسلمها للمشتري فنهاه ﷺ عن بيع ما ليس عنده[4].

واحتج الحنفية لما يقولون بما روي أن عثمان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة بن عبيد الله: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره؛ وقيل لعثمان: إنك قد غبنت فقال لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة»[5].

والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، لأن قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما يحكمان فيها غيرهما،

---

(١) فتح القدير ج ٣٣٧/٦.

(٢) رواه الأربعة وحسنه الترمذي.

(٣) رواه مسلم.

(٤) الهداية بشرح العناية ج ٣٣٦/٦.

(٥) رواه البخاري (نصب الراية ج ٤/).

فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها، فحين حكم جبير بذلك ولم يرد عن أحد خلافه، كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً.

وجهة الاستدلال: أن هذه الحادثة وإن كانت في معرض الإثبات لمن الخيار للبائع أم للمشتري؟ لكنها تفيد صحة بيع الشيء غير المرئي وغير الموصوف[1].

وأما المعقول: أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور، وهو جائز، وأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار، فإذا لم يوافقه ردّه ولا نزاع ثمّة بعد ذلك، وإنما يؤدي إلى المنازعة لو كان القول بانبرام العقد، وهو غير موجود. فصار بذلك لجهالة الوصف في العامين المشار إليه، فيجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة فإنها لا تفضي إلى المنازعة، وأنه لا ضرر في إجازته، وإنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه، فلا ضرر فيه أصلاً، بل فيه مصلحة وهي إدراك حاجة كل من البائع والمشتري.

فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقف جواز هذا البيع على حضوره ورؤيته فربما تفوت مصلحته بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه، فكان في شرع هذا البيع على الوجه المذكور من إثبات الخيار له عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر، وما شرع الأحكام إلا لمصالح العباد[2].

وأما احتجاج المانعين فإنه ينصب على كونه نوعاً من أنواع الغرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

وكذلك النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وما ليس عند الإنسان يتناول غير المملوك وغير الحاضر، وإن كان مملوكاً، وقد نهى ﷺ عن بيعه

---

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/ ٣٤٠.
(٢) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/ ٣٣٦.

على جهة الإطلاق، فيكون فاسداً وصف أم لم يوصف[1].

وردّ عليهم بأن بعد بيان الجنس والنوع والوصف لم يكن هناك من غرر يؤدي إلى جهالة يتنازعان حولها، بل هي زائلة، ولا غرر.

وأن حديث «لا تبع ما ليس عندك» لا يفيد حظر بيع الغائب، بل المراد: ما ليس في ملكه.

قال البغوي: النهي في هذا الحديث عن بيوع الأعيان التي لا يملكها أما بيع شيء موصوف فيجوز[2].

فينصب النهي على ما ليس في ملك الإنسان ولا في قدرته.

علماً بأن الشافعية يقولون بصحة بيع الشيء الغائب إذا رآه قبل البيع ولم تمض مدة يتغيّر فيها عادة حتى وقت العقد، كالأرض والحديد، لا الخضروات والفواكه والأطعمة[3].

والراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الحنفية من صحة هذا البيع وثبوت الخيار عند الرؤية.

لمن يثبت حق الخيار:

خيار الرؤية حق ثابت للمشتري، وليس للبائع حق الخيار، كمن يرث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عند القائلين بثبوت هذا البيع، والأصل فيه قصة عثمان وطلحة وحكم جبير فيها.

وقت خيار الرؤية:

خيار الرؤية حق أثبته الشارع للمشتري باستعماله له ويبعد عن نفسه الضرر، وعند رؤيته له، إما أن يقبل فيتم العقد وإما أن يرده فيفسخ العقد. فقرر الحنفية بأن خيار الرؤية لا ينتهي إلا بالرؤية فعلاً، أو أن يتصرف فيه

---

(١) انظر: قليوبي وعميره ج ٢/١٦١، مغني المحتاج ج ٢/١٨، نظرية الخيار/١٦.
(٢) نيل الأوطار ج ٥/١٧٥.
(٣) مغني المحتاج ج ٢/١٨، نظرية الخيار للغفاري/١٧.

تصرفاً يدل على رضاه به، كبيعه أو رهنه أو استعماله، ونحو ذلك من التصرفات التي تدل عادة على الرضا به، أو أن يتعيب بيده أو يهلك، وحيث يتعذر الفسخ. وإذا لم يوجد من ذلك شيء يبقى خيار الرؤية له ولا يسقط.

فيبقى ما لم يوجد ما يبطله، وما يبطل خيار الشرط من تعيّب أو تصرف يبطله. وكالاستهلاك أو الرهن أو البيع، وكذلك كل ما يفيد الرضا بعد الرؤية.

وهو المختار في المذهب، وقيل غير ذلك، من أنه مؤقت يوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، بحيث لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره، وهو رأي الكرخي. وهو أحد قولي القديم من مذهب الشافعي[1].

وفي قول آخر للشافعي أن الخيار يبقى ما دام مجلس الرؤية، فإذا انتهى سقط خياره ولزم العقد[2].

وما يذهب إليه الحنفية من ثبوت حق الخيار ودون تحديد لفترة زمنية، فإنه يشكل ضرراً على البائع، فلربما تمضي فترة زمنية طويلة ودون أن يختار فيتضرر البائع.

وكذلك القول باختياره فور رؤيته مضرٌ بالمشتري.

ولعل الأصلح والأصح أن الخيار يثبت ما دام مجلس الرؤية قائماً، فإذا انتهى المجلس ولم يحصل فيه ردّ، سقط خياره وصار العقد لازماً، وكما هو أحد قولي القديم من المذهب الشافعي. وهو الراجح.

محل خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية في كل عقد قابل للفسخ.

وخرجت العقود التي لا تقبل الفسخ، كعقد الزواج، والمهر، وبدل الخلع والصلح عن القصاص.

---

(١) انظر: فتح القدير ج ٣٤٠/٦، الحاشية ج ٦٥/٤.

(٢) المجموع للنووي ج ٢٨٩/٩، نقلاً عن نظرية الخيار/٢١.

وما يثبت فيه خيار الرؤية شراء الأعيان التي يلزم تعينها ولا تكون ديناً في الذمة وكذلك استئجار الأعيان التي لم ترى وقت الشراء ووقت الاستئجار، وما كان من القيميات عند التقاسم بين أناس مشتركين، فلكل منهما خيار الرؤية عند رؤية نصيبه، وكذلك الصلح عن مال على شيء معين لم يره عند الصلح، وذلك عند رؤية العين المصالح عليها[١].

ثالثاً:
خيار الشرط

خيار الشرط من إضافة الشيء إلى سببه، أي: خيار سببه الشرط. وهو أحد الخيارات المرتبطة بالعقد، يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد علته. والأصل فيه المنع، لأنه مخالف لمقتضى البيع ولنهيه ﷺ عن بيع وشرط. ولأن الأصل في البيع لزوم تعاكس الملكين في البدلين، وألا يتخلف حكم العلة عن علته.

وبخيار الشرط يحصل التخلف، ولذا فهو مخالف للأصل والقياس.

مشروعيته:

شرع خيار الشرط وعلى خلاف الأصل والقياس، وذلك بما روي أن حبّان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يُغبن في البياعات، فقال له النبي ﷺ: إذا بايعت فقل: لا خلابة(*) لي الخيار ثلاثة أيام»[٢].

وقال الشافعي رحمه الله: الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسداً ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصراة خيار ثلاثة في البيع، ورُوي عنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاثة فيما ابتاع[٣].

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/ ٣٣٦، نظرية الخيار/ ٣٣.

(*) الخلابة يعني بها الحذيفة.

(٢) رواه الحاكم في المستدرك، ورُوي عن البيهقي في سننه، وكذلك ابن ماجة في سننه والدارقطني، نصب الراية ج ٤/ ٦.

(٣) نفس المرجع.

وعلى مشروعية الخيار الجمهور من العلماء ومنهم الأئمة الأربعة. وخالف في مشروعيته كل من الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر. واحتج هؤلاء بأن هكذا بيع هو غرر، والغرر منهي عنه.

وكذلك الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع.

وقالوا في حديث ابن حبّان: إما أنه ليس بصحيح، وإما أنه خاص لما شكا إليه ﷺ أنه يخدع في البيوع[1]. والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور.

ومن قال بمشروعية هذا الخيار في أي جانب يكون. هل هو حق للمشتري أو للبائع؟ أولهما معاً؟

خيار الشرط حق مشروع لكل من البائع والمشتري عند كل من الحنفية وجمهور العلماء، وعلى هذا عموم النصوص الواردة في شأن شرط الخيار، وأن هذا ليس حقاً فقط لجهة المشتري، بل هو حق للطرفين.

ولأن الحكمة من مشروعيته هو ما يحتاج الناس إليه من التروي والاستشارة والاستفسار، حتى يكون المرء على بينه من مصلحته في الصفقة التي يبيعها أو يشتريها، وهذه الحكمة تستدعي أن يكون مشروعاً لكل من المتعاقدين، وفضلاً عن قوله ﷺ «إذا بايعت» وهو يصدق بكونه بائعاً ومشترياً.

مدة خيار الشرط:

اتفق فيما بين الفقهاء على أنه إذا اشترطت مدة ثلاثة أيام فما دون أمرٌ جائز، واختلفوا فيما إذا زاد عن هذه المدة إلى ثلاثة مذاهب، هي:

المذهب الأول ويقوم على عدم مشروعية أكثر من هذه المدة، وبه قال كلٌ من أبي حنيفة وزفر والشافعي.

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٢٦.

المذهب الثاني ويقوم على عدم تقييده بمدة، قلت أم كثرت، قصرت أم طالت، وبه قال كل من صاحبي أبي -حنيفة وأحمد وداود.

المذهب الثالث ويقوم على تقييدها بحسب الحاجة ونوع الصفقة، كاليوم واليومين في اختيار الثوب، والشهر ونحوه في اختيار الدار، واليوم فيما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة والخضروات وهو مذهب المالكية.

حجة المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأوّل بنفس النص الوارد في مشروعيته والتقدير فيه بثلاثة أيام:

ووجهة استدلالهم به:

١ ـ أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد، إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس، فيقتصر على المدة المذكورة فيه.

٢ ـ أن النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام، بل في أقل منهما.

والزيادة على الثلاث ليس في محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور، فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة، كما لا يجوز بالقياس.

ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعذر والفقه لا يبنى باعتباره لأن مثله زائل العقل[1].

وعند أبي حنيفة إذا اشترط أكثر من ثلاثة أيام، ثم أجازه خلال الثلاثة أيام، فإنه يصح عنده، وخالفه فيه زفر.

واختلافهما هذا ناتج عن انعقاد العقد فاسداً، وعند الإمام أن المفسد قد أسقط قبل تقرره، وعند زفر أن العقد فاسداً وهو لا يتطلب جائزاً.

---

(١) فتح القدير ج ٢٢٩/٦، بداية المجتهد ج ٢٢٧/٢.

حجة المذهب الثاني:

أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع، وإذا كان ذلك هو المفهوم فوجب أن يكون ذلك محدداً بزمان إمكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب المبيع، فكأن النص ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى، وهو من باب الخاص أريد به العام(١).

حجة المذهب الثالث:

الاستدلال من النص الوارد في المشروعية والتقدير بثلاثة أيام هو جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أم قصرت.

واستدل بالحاجة إلى التأخير حتى يندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن.

وجاز في أي مقدار تراضيا عليه وبقولهما(٢).

مدى تأثير خيار الشرط على العقد

١ ـ من حيث الصحة:

مذهب الجمهور الفقهاء أنه غير مؤثر على صحة العقد، فالعقد به صحيح وخالف ابن حزم وقال ببطلان العقد، وأنه إذا قبضه المشتري بإذن بائعه فهلك في يده بغير فعله فلا شيء عليه، فإن قبضه بغير إذن صاحبه لكن بحكم حاكم أو بغير حكم حاكم ضمنه ضمان الغصب. وكذلك إن أحدث فيه حدثاً ضمنه ضمان المتعدي(٣).

وأما عند الجمهور:

فعند الحنفية: أنه إذا كان الخيار للبائع فإنه يمنع خروج المبيع عن

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٢٧.

(٢) نفس المرجع.

(٣) انظر: المحلّى ج ٨/٣٧٠.

ملكه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البـائع، وإن قبضـه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه القيمة، وبيان هذا:

أن البيـع لا يكون إلا بالمراضاة، ولا مراضاة مع الخيار، لأنه يفيـد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب في حق البائع، لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط، وهو الرضا فلا يوجد حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه. ولا يملك المشتري التصرف فيه حتى وإن قبضه بإذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال.

وإذا كان الخيار للمشتري، فإن الخيار لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع، لأن البيع في جانب الآخر لازم، ولأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك إجمال البيع لأنه شرع نظراً له دون الآخر ويملكه عند الصاحبين، وبه قال الجمهور، ومنهم المذاهب الثلاثة الأخرى، ولا يملكه عند الإمام، فإن هلك في يده ــ المشتري ــ هلك بالثمن، وكذا إذا تعيّب. بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع[1].

وحجة الصاحبين: أنه لما خرج المبيع عن ملك البائع، فلو لم يدخل في ملك المشتري لكان زائلاً إلى غير مالك، ولم يعهد هذا في الشرع في باب التجارة والمعاوضة، فيكون كالسائبة.

وأما عند الإمام وحيث القول بعدم ملكيته ودخوله في ذمة المشتري، فلما يلي:

١ ــ إن شرعية الخيار نظراً للمشتري ليتروّى فيقف على المصلحة، فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لا له، بأن كان المبيع قريبه فيعتقه من غير اختياره، فيعود على المشتري بالنقص.

٢ ــ لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه لأصبح البدلان ــ الثمن والمبيع ــ في ملك واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع.

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣٠٨.

والمعـاوضة تقتضي المسـاواة بين المتعاوضين بتبـادل ملكيهما. ومـا يحصل لا أصل له في الشرع ـ اجتماع البدلين في ملك أحد المتعاقدين نظراً لما تقتضيه المعاوضة من المساواة في الملكية(١).

وعند السادة المالكية: المبيع في مدة الخيار على ملك البائع، سواء كان له الخيار أو للمبتاع أولهما، فإن تلف المبيع بسبب منه، فـعلـى البائع، سواء كان بيده أو بيد المبتاع إلا أن يكون بيد المبتاع ويغيّب عليه أو يدعي تلفه ولا يعرف ذلك إلا بقوله فلا يصدق في ذلك.

ويكون عليه قيمة الشيء لأنه يتهم أن يكون غيّبه وحبسه عن صاحبه، فيعتبر ذلك رضاً منه بذلك أي بالثمن(٢).

وعنـد الحنابلة: أن الملك ينتقـل بـالعقـد مـع شـرط الخيـار لأحـد المتعاقدين وإن كانوا لا يجوزون للعاقدين التصرف في محل العقد أو عوضه مدة الخيار بمعنى أنه لا يكون نافذاً في حال إذا كان الخيار لهما.

وإذا كان الخيار للمشتري وحده، وتصرف في المبيع نفـذ تصرفـه، ويكون ذلك منه إجازة، وكذلك إذا كان الخيار للبائع وحده وتصرف في الثمن فإن هذا التصرف يكون نافذاً ويعتبر رضاً منه بالبيع(٣).

وعندالشافعية: في أظهر الأقوال عندهم: أن المبيع يكون مملوكاً لمن له الخيار من المتعاقدين بائعاً كان أو مشترياً، والثمن مملوك للآخر.

هذا إذا كان الخيار لأحدهما، أما إذا كان الخيار لهما فالمبيع والثمن موقوفان، على معنى أنا لا نحكم بـالانتقال أو عـدمه إلا بعـد الإمضاء أو الفسخ، فإن أمضيا العقد ظهر أن المبيع مملوك للمشتري وإن فسخا علم أنه كان على ملك البائع.

ولهم أقوالٌ أخرى، وإن كان الأظهر هو ما ذكر(٤).

---

(١) نظرية الخيار/٦٠.
(٢) نفس المرجع.
(٣) نفس المرجع.
(٤) نظرية الخيار/٦٣ نفس المرجع.

مسقطات خيار الشرط

ويسقط خيار الشرط بأسباب عدة، هي:

١ ـ إجازة العقد:

فإذا أجاز من بيده الخيار لزم العقد بإجماع الفقهاء.

والإجازة إما قول وإما فعل.

أما الإجازة القولية: فهي كقوله: أجزت البيع، وكذلك كل عبارة تدل على إبطال حقه في الفسخ، وكقوله: رضيت أو قبلت أو سقطت خياري، وهكذا..

وأما الإجازة الفعلية فهي كأن يبيع الشيء المعقود عليه أو أن يتصرف فيه في مصلحته وكذلك في كل تصرف لا ينفذ عادة إلا في الملك.

وكذلك الأمر إذا كان الخيار للبائع بأن يتصرف في الثمن تصرف المالك أو أن يصرح بالإجازة أو بأي لفظ يدل على الرضا.

٢ ـ فسخ العقد:

ويسقط خيار الشرط بأن يرد من له الخيار المقابل العوض الذي بيده، كأن يرد البائع الثمن إذا كان الخيار له، أو أن يرد المشتري المبيع إذا كان الخيار له، وذلك خلال المدة المشروطة وقبل انقضائها.

وهل يشترط علم الطرف الثاني بالإجازة أو بالرد أم لا؟

ففي حال الرد والفسخ لا يشترط علم الطرف الثاني بالرد والفسخ، وهو إما حقيقة كقوله: فسخت البيع، فإن كان بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وإن كان بغير علمه لا يجوز عند الإمام ومحمد رحمهما الله، أي لا يعتبر فسخاً.

وعند أبي يوسف يجوز، وهو قول جمهور الفقهاء.

واحتج الفريق الأول بأن من له الخيار تصرف في حق الغير بالرفع، أي يرفع العقد وهذا لا يخلو عن المضرة؛ فإذا كان الخيار للبائع فعسى المشتري أن يعتمد تمام العقد السابق، ويتصرف فيه دون علمه من قبل البائع فيترتب

عليه الزامه غرامة قيمته، وقد تكون القيمـه أكثر من الثمن، ولا خفـاء في الضرر يلحق بالبائع.

وفي حال ما إذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد ودون علم الاخر بهذا الفسخ فعسى أن يبان للسلعة هذه رواج في بيعها، ويمكث البائـع لا يطلب اليها مشترياً بناءً لارتباطه، وإذا به يعلم بفسخ العقد فيما بعد أيام رواج السلعة ولا شك في هذا الضرر اللاحق.

وقالوا: إن التصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة، كما في عزل الوكيل قصداً حال عدم علمه. لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلاً بالشراء وببطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلاً بالبيع[1].

وبناءً على هذا: فلو كان في فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ.

وأما الذين أجازوا الفسخ ولو بغير علم الطرف الآخر. فقد احتجوا: بأن الفاسخ منهما سلط من جهة صاحبه، فلا يتوقف فسخه على علمه، كبيـع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل.

وردّ على الفريق الأول:

١ ــ أن ما يحتمل من لحوق الضرر بالبائع حيث مظنـة عدم وجـود مشتري فهذا يعود إلى تقصير البائع حيث لم يستكشف من المشتري في المدة عن الفسخ وعدمه.

٢ ــ وما يحتمل من مظنة لحوق الضرر بالمشتري فيما إذا كان الخيار للبائع بأن هذا غير لازم، وليس بأكـثر، بل قد يكون أكثر من القيمة.

ورجّح الكمال بن الهمّام رأي الفريق الثاني[2].

(١) انظر: الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣١٥.

(٢) نفس المرجع.

وأما في حال الإجازة، فيسقط الخيار بعلمه وبدون علمه.

وفيما إذا كان الخيار لهما، فأيهما أجاز جاز البيع وأيهما نقض انتقض.

ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، اعتبر السابق لعدم المزاحمة. ولو خرج الكلامان سواء، في رواية، القول قول من أجاز وفي رواية، القول قول من فسخ.

٣ ـ هلاك البيع:

لو هلك المبيع في يد البائع والخيار له لا إشكال في فسخه ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار. ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأنه منفسخ، ولا ثمن إلا بتمام الرضا ولم يوجد.

ولو هلك بعد المدة يلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذاك بتمام الرضا.

فذهب الحنفية إلى أن هلاك المبيع أو تعيّبه في يد المشتري ذي الخيار يمنع الرد ويلزم بالثمن ويسقط خياره.

وإذا كان الخيار للبائع، فإنه لا يمنع الرد، وفي هلاكه يبطل ويضمن المشتري القيمة(١). ويذهب المالكية إلى أنه بهلاك المبيع يسقط الخيار، وهو على البائع، لأن يد المشتري يد أمانة، وتلفه على صاحبه إلا إذا غيّب عليه وادعى تلفه فلا يصدق لأنه متهم وعليه قيمته(٢).

وعند الشافعية: إذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع انفسخ العقد، وإن كان للمشتري أو لهما لم ينفسخ ويبقى الخيار، فإن أمضى العقد فالواجب الثمن، وإن فسخ كان على المشتري رد بدل المبيع من المثل أو القيمة.

أما انفساخ البيع في الحالة الأولى فلأن المبيع مملوك للبائع، وإذا هلك وتعذر فيه ثبوت الملك فينفسخ العقد.

(١) الحاشية لابن عابدين ج ٥٢/٤.
(٢) أسهل المدارك ج٢/٢٨٧.

وأما في الحالة الثانية فلا يكون لهلاكه تأثير في العقد ولا في الخيار، لأن قيمة العين أو مثلها يقوم مقامهما فتجعل العين باقية حكماً لتحقق الفائدة التي شرع الخيار من أجلها(١).

وعند الحنابلة: باعتبار أن المبيع في خيار الشرط ينتقل إلى ملك المشتري من حين العقد فهلاكه في يده مسقط للخيار وملزم العقد، وسواء كان الخيار للمشتري أم للبائع وبهلاكه في يده يتعذر الرد ويتقرر العقد(٢).

٤ ـ الزيادة والنقصان:

(أ) النقصان:

وهو تحت قول القائل: لو تعيّب المبيع في مدة الخيار عيب نقصان فما الحكم؟

فعند الحنفية: التعيّب نقصاناً كالتعيّب هلاكاً.

فإذا هلك أو تعيّب في يد المشتري بعيب لا يُرجي زواله كأن قطعت يداه، فإنه يلزمه الثمن ويمنع الرد، بخلاف ما لو كان يُرجى برؤه وزواله في المدة بأن مرض، فإن مضت المدة ولم يبرأ لزمه البيع.

وعند أبي يوسف: أن خيار المشتري يبطل بأي عيب وبأي وجه إلا في حال النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره، بل إن شاء ردّه وإن شاء أخذ البيع وأخذ الأرش من البائع.

وإذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري أو تعيّب فإنه يهلك بالقيمة. لامتناع الرد نظراً لامتناعه على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لا له، فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة ويبطل العقد.

وكذلك الحكم فيما إذا تعيّب بفعل أجنبي أو آفة سماوية.

وفيما إذا تعيّب بفعل البائع فلا يسقط به خيار المشتري، فإنه أجاز

---

(١) المجموع للنووي ج ٢١٩/٩ ونقلاً عن نظرية الخيار/٦٨.

(٢) منار السبيل ج ٣١٨/١.

البيع ضمن البائع النقصان، وعندهما يلزم البيع ويرجع بالأرش على البائع.

وإذا كان الخيار للبائع وتعيّب في يده، فهو على خياره إن شاء أمضى المبيع وإن شاء فسخه، لأن التعيب بغير فعله لا يكون مضموناً عليه، حيث لا يسقط بحصته شيء من الثمن.

فإن أجازه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء ترك لتعيّب المبيع قبل القبض.

وإن كان التعيّب بفعل أجنبي لم يبطل البيع، والبائع على خياره، فإن شاء فسخ العقد واتبع الجاني بقيمة النقصان، وإن شاء أجازه واتبع المشتري بالثمن وللمشتري قيمة النقصان من الجاني.

ولو كان التعيّب بيد المشتري فالبائع على خياره إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه، فإن أمضاه أخذ من المشتري جميع الثمن، وطالب المشتري فاعل العيب إذا كان أجنبياً واتبعه بقيمة النقصان.

وإن فسخه رجع على المشتري بقدر ما أنقصه العيب إن كان بآفة سماوية وإن كان بفعل أجنبي فهو بالخيار، إن شاء اتبع الجاني بقيمة النقص وإن شاء اتبع المشتري، والمشتري يرجع بها على الأصل[1].

(ب) في الزيادة:

مذهب الحنفية: الأصل عندهم في الزيادة الطارئة على المبيع، أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع.

والزيادة إما متصلة أو منفصلة.

أما المتصلة فهي إما متولدة من المبيع أو غير متولدة.

والمتصلة المتولدة عن المبيع كالجمال والحسن، والغير متولدة فهي كالصبغ والخياطة. فإن كانت متولدة من أصل المبيع فهي تبع محض لعين

---

(١) فتح القدير ج ٣٠٨/٦، الحاشية ج ٥٢/٤، نظرية الخيار/٧١.

المبيع، وهي غير مسقطة للخيار.

وأما المنفصلة فهي إما متولدة، من المبيع كالولد والثمر. وإما غير متولدة فكالكسب.

فإن كان الخيار للبائع فلا يسقط الخيار بالاتفاق، وملكية هذه الزيادة هي للبائع تبعاً لأصلها الباقي على ملكه في زمن الخيار، وسواء أمضى العقد أو فسخه.

وعند الحنابلة هي للمشتري، لانتقال الملكية بمجرد العقد في نظرهم فما زاد يكون مملوكاً له تبعاً لأصله وسواء فسخ العقد أو أمضاه.

وعند الحنفية: الزوائد تكون تبعاً لتحقق السبب وهو العقد، فإن أبرم العقد فهي للمشتري، وإن لم يبرم ـ أي فسخ ـ فهي للبائع، لأن السبب لم يتحقق.

وإن كان الخيار للمشتري فقد اختلف الفقهاء حسب اختلافهم في انتقال الملكية للمشتري ومدى تأثير الخيار على العقد، فمن رأى خروج المبيع عن ملكية صاحبه إلى يد المشتري جعل الزيادة من حق المشتري، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء وخاصة الشافعية، والحنابلة؛ وعند المالكية، البيع يبقى على ضمان البائع مطلقاً، ولذا لا تدخل الزيادة على المشتري: ومع اتفاقهم على عدم تأثير الزيادة الحاصلة على شرطية الخيار.

وعلى أصل الحنفية، وعلى ما ذهب إليه الإمام: أن المبيع يكون لمن آل إليه الملك عنده، وعندهما تدخل في ملكية المشتري زمن الخيار، وهذا حسب أصلهم في مدى تأثير الشرط.

وعند الحنفية: أن الزيادة إن كانت متصلة ناشئة عن أصل المبيع كالسمن والجمال والبرء من المرض، أو كانت متصلة غير متولدة من الأصل كالكسب، فهي غير مسقطة للخيار.

وإن الزيادة المنصلة كالحسن فهي تبع محض ولا تأثير لها على الخيار

ولا تمنع الرد.

وأن غيرالمتولدة كالصبغ تمنع الرد وتسقط الخيار.

وأما الزيادة المنفصلة غير الناشئة من الأصل كالكسب تكون مملوكة للمشتري سواء أمضى العقد أو فسخه عند الصاحبين، وعند الإمام هي لمن آل إليه الملك. وإن كانت ناشئة من الأصل كالولد والثمار فهي مانعة من الرد ويلزم بها العقد. وحجتهم في ذلك:

إن الزيادة ليست بمبيعة، والفسخ لا يرد إلا على العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونها ربا، فليس للبائع أن يقول: أنا آخذه فتتعين الإلزام والإلتزام[1].

ولو ردّ المبيع دونها لأدى ذلك إلى شبهة الربا، فتبقى هذه الزيادة في ملك المشتري بلا عوض.

ولو ردت مع الأصل لكانت ربح ما لم يضمن، لكون الأصل في ضمان المشتري وهو منهي بالحديث «ونهى عن ربح ما لا يضمن».

وقد فرّق الحنفية بين الزيادة المنفصلة غير المتولدة والمنفصلة المتولدة كالكسب غير الولد والثمر المتولدة، وأن الكسب متولد من المنافع وهي غير الأعيان، والمنافع عن الأموال، وهي غير مبيعة، أما الولد والثمر فهي متولدة من نفس المبيع[2].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وأن للمشتري فسخ العقد ولا تأثير للزيادة على شرطية الخيار[3].

٥ ــ مضي المدة:

إذا مضت المدة المشترطة فيما بينهما ولم يردّ من له الخيار لزم العقد،

(١) فتح القدير ج ٣٦٧/٦.

(٢) نفس المرجع.

(٣) مغني المحتاج ج ٥٠/٢، بدائع الصنائع ج ٢٦٤/٥، ٢٨٦، كشاف القناع ج ٥١/٥، منار السبيل ج ٣١٧/١، المغني بن قدامة ج ١٦٠/٤.

وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً[1].

وعلى هذا جمهور الفقهاء، وحجتهم في هذا:

١ ــ أن الخيار مؤقت بمدة محدودة، فينقطع بانقضائها.

٢ ــ الأصل في العقود اللزوم، وقد تخلف هذا الأصل بالشرط، فإذا انقضت مدته ثبت الأصل، حيث لا مانع[2].

٦ ــ موت من له الخيار:

نصّ الحنفية على أن موت من له الخيار يسقط به الخيار، ولا ينتقل إلى ورثته ويبطل الخيار بموت من له الخيار، بائعاً كان أم مشترياً أم غيرهما، ولزم البيع. وبخلاف إذا مات من عليه الخيار، فالخيار باق للطرف الثاني بالإجماع.

وخيار الشرط عند الحنفية لا يورث، وكذلك الحنابلة[3] وعند كل من المالكية والشافعية، يورث، وينتقل إلى ورثته.

وحجة الحنفية: أن الخيار عبارة عن إرادة ومشيئة، وهي أوصاف شخصية لا تورث[4].

وحجة الجمهور: أن الخيار حق للإنسان لازم، فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين. فإنهما يورثا بالاتفاق، فضلاً عن قوله ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته»[5].

ووجهة الاستدلال: أن الخيار حقٌ فيكون لورثته[6](*).

---

(١) الحاشية ج ٤/٥٦.

(٢) نفس المرجع، نظرية الخيار/٧٦.

(٣) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣١٩، منار السبيل ج ٣١٦/١.

(٤) بداية المجتهد ج ٢/٢٢٩.

(٥) بداية المجتهد ج ٤/٥٦.

(٦) بداية المجتهد ج ٢/٢٢٩.

(*) وألحق الحنفية بخيار الشرط سائر الخيارات من خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار =

العقود التي يجري فيها خيار الشرط:

العقود التي يصح فيها خيار الشرط يجمعها: كل عقد لازم يحتمل الفسخ كالمزارعة والاجارة والبيع والصلح عن مال والكفالة والحوالة.

وخرج عن الصحة: كل عقد لا لزوم فيه، كالوصية والعارية والوديعة، وكذلك العقود التي لا تقبل الفسخ، كالنكاح والطلاق، والصرف والأيمان والنذر[1].

وأما الآخرون فقد ذهبوا إلى صحته في عقود المعاوضات المالية بشكل عام، ومع مستثنيات لكل منهم، كاستثناء الشافعية والحنابلة للصرف والسلم ومبادلة الأموال الربوية.

وكاستثناء المالكية للحوالة والكفالة والرهن[2].

رابعــاً:
خيار العيب

خيار العيب هو من جملة الخيارات التي تضاف إلى أسبابها، فقولنا: خيار العيب أي خيار سببه العيب.

وفي اللغة يقال: العيب والعَيْبة والعابُ بمعنى واحد، وعاب المتـاع عيبة وعاباً، أي صار ذا عيب[3].

= الإقالة وخيار الرؤية، وغيره سوى خيار الرد بالعيب من البيوعات.
وعمدة الجمهور: أن الأصل أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقته الحق وهذا المعنى للمال.
وعمدة الحنفية: أن الأصل أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من الحاق الحقوق والأموال.

(١) الحاشية ج ٤/٤٨.
(٢) نظرية الخيار/٧٧.
(٣) مختار الصحاح مادة (عيب).

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً.

والفطرة هي الخلقة التي هي أساس الأصل.

فالعيب هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها[1]. وفي الاصطلاح هو العيب الذي يرد به المبيع ما ينقص الثمن[2].

وهو كذلك عند الشافعية، ويسمونه: خيار النقيصة، وهو المعلق بفوات مقصود مظنون، ونشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغرير. وخيار العيب من متعلقات القضاء العرفي، وهو ما يظن حصوله بالعرف وهو السلامة من العيب.

وعرّفوه: كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاناً يفوت به غرضٌ صحيح إذا غاب في جنس المبيع عدمه.

شرح التعريف:

قوله: «كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاناً» قيد يفيد أن الطالب في الأعيان السلامة، ولأن بدل الثمن يكون في مقابلة السليم.

قوله: «لا يفوت به غرض صحيح» قيد يفيد في نقص العين خاصة، احترازاً به عن فقدان شيء من ذات العين ودون أن تشكل شيئاً فيها أو أن يفوت غرضاً. مثلاً: لو اشترى شاة ليضحيها أو ليفي نذراً، فوجدها مقطوعة الأذن: فقطع الاذن فيها، عيب بالنسبة لكونها أضحية أو نذراً، ولأنه يشترط فيها السلامة من مثل هذه، ولو اشتريت لغير ذلك لا يعتبر هذا عيباً لأنه لا يفوت به غرض صحيح.

وقوله: «إذا غلب في جنس المبيع عدمه» قيد يرجع إلى القيمة والعين، العين قد عرفناها وأما القيمة فاحترازاً وقيداً يفيد أن ما تنقص به القيمة يعتبر عيباً، وذلك مثل: فقدان ذكران البقرة أو الثيران للخصاء وخاصة المقصود بها

(١) الحاشية ج ٤/٧١.

(٢) نفس المرجع.

حراثة الأرض فإن فقدان الخصاء يعتبر منقصاً للقيمة، وبالتالي فهو عيب[1].

فالعيب آفة عارضة على الشيء المبيع، وهي قسمان اثنان، هما:

١ ــ آفة عارضة مصاحبة للخلقة والتكوين، مثل إصابة الشيء بآفة خلال تكوينه وخلقته، كما في زراعة القمح، وإصابته من بداية خلقته مما يخرجه عن أصل فطرته كعدم بلوغه ونضجه، فتكون الحبة رقيقة ضعيفة لإصابتها بمرض من بدايتها.

٢ ــ آفة عارضة طارئة عليها فيما بعد تكوينها وخلقتها.

مثل: تسوس القمح وتعفنه، فهي آفة طارئة.

وكل من الآفتين يعتبر عيباً ما دام مما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة للشيء، وفي حال وجود الآفة العارضة المصاحبة للخلقة والتكوين، فلا تخلو من صفات، مثل الرداءة في الشيء، فإن الرداءة مما لا تخلو عنه أصل الفطرة، كالبرتقال الصغير، ومثل: القمح الرديء، فهو في مقابل القمح الجيد، ويعتبر أقل رغبة، لكنه لا يعتبر مصاباً بآفة عارضة تثبت بها العيب الذي يوجب خيار الرد[2].

ما يثبت به العيب:

يشترط لثبوت العيب الموجب للخيار، عند الحنفية: كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، والمراد بالثمن الثمن الذي اشترى به. وقوله: «عادة التجار» لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به.

والمرجع في هذا: كونه عيباً عند أهل الخبرة، وهم التجار وأرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، لكل تجارة أهلها، ولكل صنعة أهلها.

وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها.

(١) مغني المحتاج ج ٢/٥٠، قليوبي وعميرة ج ٢/١٩٩.
(٢) بحوث في البيوع في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الناصر العطّار.

وسواء كان النقص كبيراً[١] أم يسيراً[٢].

وعند المالكية: «العيب الذي يرد به هو العيب الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن»[٣].

وهو أنواع ثلاثة:

١ ــ عيب ليس فيه شيء، وهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن.

٢ ــ عيب فيه قيمة، وهو اليسير الذي ينقص من الثمن، فيحط عن المشتري من الثمن بقدر نقصان العيب، وذلك كالخرق في الثوب.

٣ ــ عيب ردّ، وهو الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن»[٣].

وعند الشافعية: هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه[٤].

وعند الحنابلة: كما أفاد صاحب المغني في معرفة العيوب فقال: هي النقائص الموجبة لنقص المالية، ولأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصاً فيها يعتبر عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن وهم التجار وأن كل ما ينقص في عينها أو قيمتها عيبٌ، وما لا يعتبر نقصاً في عينها ولا في قيمتها لا يعتبر عيباً[٥].

بين الحنفية والشافعية:

قال ابن عابدين: والضابط عند الشافعية أن العيب هو المنتقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع وعدمه،

---

(١) النقص الكبير: هو الفاحش فيما لو قوّم سليماً بألف، وقوّمه أهل الصنعة مع العيب بأقل من هذا.

(٢) النقص اليسير: هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، بأن يقوّم سليماً بألف ومع العيب بأقل، وقوّمه آخر مع العيب بألف أيضاً.

(٣) انظر: القوانين الفقهية/٢٢٩، أسهل المدارك ج ٢/٢٨٨.

(٤) مغني المحتاج ج ٢/٥٠.

(٥) المغني ج ٤/١٦٨.

فأخرجوا بفوات الغرض الصحيح ما لو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه، بخلاف ما لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية، فله ردّها، وبالغالب ما لو كانت الأمة ثيباً مع أن الثيابة تنقص القيمة لكنه ليس الغالب عدم الثيابة».

قال في البحر: «وقواعدنا لا تأباه للمتأمل».

ونسب إلى الخانية تأييده، وكذلك البزازية، من شراء شاة الأضحية وعدم صلاحها له، وكذلك الشيء من أصل صنع وليس لوجود ما يفوت هذا الغرض.

وقال: وظهر أن قولهم في ضابط العيب ما ينقص الثمن عند التجار مبنى على الغالب ولذلك فهو غير جامع وغير مانع.

وقال: فعلم أنه لا بدّ من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية.

وأعاد بأن الخيارات الواردة على عرف التجار لا يفيد الحصر، بمعنى أن غير ذلك لا يعدّ عيباً[1].

والظاهر أن الحنفية لم يدخلوا فوات الغرض المقصود في العيب المقتضي للخيار، مع أنه عند غيرهم، لأن الأحناف لا يفرقون بين العيب وفوات الوصف، وغيرهم فرّق بين فوات الوصف والعيب، ولذا كان هذا الاختلاف في الضابطية.

خلاصة القول في العيب المعتبر:

العيب المعتبر وما يشترط فيه من ضمان هو على الشكل التالي:

١ ــ العيب هو آفة عارضة يخلو عنها أصل الفطرة السليمة للشيء.

٢ ــ يثبت الخيار للمشتري في عقد البيع إذا كان العيب قديماً ومما يعتد به شرعاً. ويعتد بالعيب شرعاً إذا كان ينقص ثمن المبيع عند أرباب الخيرة أو ينقص عينه نقصاً يفوت به غرض صحيح أو يمنع الانتفاع بالمبيع

---

(١) الحاشية ج ٤/٧٤.

غالباً، وذلك كلّه إذا غلب في جنس المبيع عدمه، ولم يتسامح العرف به.

ويعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً عند العقد أو عند التسليم فيما ضمانه على البائع.

٣ ـ يثبت للمشتري الخيار إذا فات الوصف المشروط صراحة أو دلالة، طالما كان هذا الوصف مما يمكن الوفاء به، ولا يتعارض مع الشرع [١].

شروط ثبوت الخيار بالعيب

حتى يكون للمشتري الخيار بالعيب يشترط ما يلي:

١ ـ أن يثبت عند البائع، وسواء كان قبل العقد أو بعده ما دام قبل القبض.

٢ ـ ألّا يكون للمشتري العلم بهذا العيب عند العقد أو القبض، ولأنه إذا كان على علم وقت العقد أو وقت القبض وعقد عليه فإنه يعتبر رضا به، وبالتالي فلا خيار له، وكذلك أن يراه حال القبض، ويقبضه على حاله.

٣ ـ ألّا يكون البائع قد اشترط البراءة من عيب خاصة أو عامة.

٤ ـ ألّا يكون بإمكان المشتري إزالة العيب بلا مشقة، فإذا كان باستطاعته أن يزيله بلا مشقة، فإنه لا يعتبر عيباً، كنجاسة في ثوب أو مسمار في خشبة.

حكم اشتراط البائع على المشتري من كل عيب:

مذهب الحنفية في البيع وشرط البراءة من كل عيب الجواز والصحة، كأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا الشيء وأنا بريء من كل عيب.

ولا خصوصية للفظ، فكل ما يدل ويؤدي إلى معناه فهو كذلك.

ويدخل فيه الألفاظ المتعارفة، كأن يقول له: بعتك هذه الدار وهي كوم

---

(١) انظر بحوث في البيوع للدكتور عبد الناصر عطّار/٣٧.

تراب. وفي السيارة مكسرة محطمة، وبأي لفظ يدل على معنى البراءة من كل عيب[1].

وحجتهم: أن هذا حق له، أي للمشتري، وبرضاه به، وقد أسقط حقه، فالبيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح عند الحنفية، سواء سمي العيوب أم لا. علمه البائع أم لا، وقف عليه المشتري أم لا، أشار إليه أم لا، موجوداً عند العقد والقبض، أو حدث بعد العقد قبل القبض.

ومذهب المالكية: أن البراءة جائزة مما يعلم من العيوب[2].

ومذهب الشافعية: أن شرط البراءة لا يجوز إلا في الحيوان من العيوب الباطنة فقط ويشترط أن يكون البائع غير عالم به، وفيما لو عيّن العيب والبراءة منه يقتصر عليه، فلا يبرأ من عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان يعلمه، والباطن هو ما لا يطلع عليه غالباً[3].

ومذهب الحنابلة: أن الرواية قد اختلفت من الإمام أحمد في شرط البرائة من كل عيب:

الرواية الأولى: لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب.

الرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه وهو الأصح عندهم.

الرواية الثالثة: جواز البراءة من المجهول، وعلى هذا صحة البراءة من كل عيب.

وحجة الرواية الأولى: أن العيب مرفق بالبيع ولا يثبت إلا بالشرط، فلا يثبت مع الجهل بالخيار.

---

(١) الحاشية ج ٤/٩٥.
(٢) بداية المجتهد ج ٢/٢٠٠.
(٣) مغني المحتاج ج ٢/٥٣.

وحجة الرواية الثانية ما ورد أن عبد الله بن عمر باع إلى زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من كل عيب بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيباً فأراد ردّه على ابن عمر فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا، فردّه عليه، فباعه ابن عمر بألف درهم.

وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعاً.

وحجة الرواية الثالثة: وهي الموافقة لرأي الحنفية ما روى أن أم سلمة قد روت: أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه» وهذا يفيد بأن البراءة من المجهول جائزة، فصح من المجهول كالعتاق والطلاق، ولا فرق بين الحيوان وغيره(١).

خلاصة القول في أقوال المذاهب:

من خلال ما سبق، يلاحظ: أن الأئمة الثلاثة، من المالكية والشافعية والحنابلة في دائرة، وأن الحنفية في دائرة.

فعند الثلاثة (الجمهور): أن الأصل عندما لا يصح اشتراط البراءة من العيوب وإن استثني كل مذهب البعض، فاستثنى الحنابلة العيب التي لا يعلمها البائع وقال بجواز اشتراط البراءة، واستثنى المالكية الباطن ولا علم له به. والشافعية استثنوا العيب الباطن بالحيوان.

وأما الحنفية فقد جوزوا اشتراط البراءة من كل عيب يعلمه أم لا، ظاهراً أم باطناً، سمّاه له أم لا(٢).

ما يدخل تحت الشرط من العيوب:

ذهب كل من الإمام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف إلى أنه يدخل في

---

(١) المغني ج ١٩٨/٤.

(٢) انظر فتح القدير ج ٣٩٩/٦، ومذهب الحنفية: أن الإبراء إسقاط لا تمليك والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى التنازع، ولأن الجهالة، إنما أبطلت التمليكات لفوات التسليم بالعقد، وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلاً له، نفس المرجع.

البراءة من العيوب: العيوب الجديدة الحاصلة بعد العقد وقبل القبض.

وليس للمشتري حق الردّ بالعيب الحاصل بعد العقد إلى القبض.

ولأنه المقصود بالشرط وهو إلزام المشتري بالعقد وإسقاط حقه وحق السلامة وبحيث يلزم المشتري.

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وزفر إلى عدم دخول العيب الحاصل بعد العقد في البراءة من العيوب، وأن العيب الحاصل يعطي الحق للمشتري الخيار.

وحجتهم في هذا: أن الشرط يتناول الثابت فقط دون الحادث. فلا يتعدى إلى غير الموجود[1].

توقيت خيار العيب:

ذهب الحنابلة إلى أن خيار الرد بالعيب على التراخي جائز، فمتى علم العيب فأخّر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على رضاه.

وفي رواية أخرى لأحمد: هو على الفور وهو مذهب الشافعي مالك، وأنه متى علم بالعيب فأخّر رده مع إمكانه، بطل خياره، لأنه يدل على الرضا. وأسقط خياره كالتصرف فيه.

ويقوم هذا القول على ما يلي:

١ - الأصل في البيع اللزوم، والجواز عارض.

٢ - هو خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فكان فورياً، كالشفعة، تبطل بالتأخير دون عذر.

٣ - التمكن من الرد: فإذا تمكن يتمكن من الرد فهو وقته، وإلا يبطل، فلو علمه وهو يصلي أو يأكل أو يقضي حاجته، فله تأخيره حتى يفرغ، لأنه لا يعدّ مقصّراً.

---

(١) فتح القدير ج ٦/٣٩٩.

وإذا علم به بالليل فله تأخيره إلى النهار.

وذهب الحنفية إلى أن خيار العيب يبقى ثابتاً بعد العلم بالعيب حتى يردّه، أو يفعل ما يدلّ على رضاه.

ووقت الرد على التراخي، وهو المعتمد، ما لم يرضى به صراحة أو دلالة. وقيل: بل إذا أمسكه بعد الإطلاع على العيب مع قدرته على الردّ كان رضاً، والمعتمد هو الأوّل.

ونخلص إلى القول الأول وهو للحنفية والرواية لدى الحنابلة المعتمدة، وحتى يحصل رضاه إما صراحة كأن يقول: رضيت، أو دلالة كأن يتصرف فيه ببيع أو رهن. وهو الراجح.

القول الثاني وهو للسادة الشافعية والمالكية ورواية لدى الحنابلة، ويقوم على التمكن من الرد، وإذا لم يرد بعد التمكن يكون راض به، وينهي حقه في الخيار.

مسقطات الردّ بالعيب

وبما أن الشرع قد أعطى حق الخيار في القبول أو في الرد للمشتري إذا أطلع على عيب بالشيء الذي اشتراه. وكان هذا العيب به قبل القبض، وسواء كان عند العقد أو بعد العقد، وأن الخيار يبقى له إذا ما وجد عيباً ثابتاً حتى يحصل منه ما يدل على رضاه، صراحة أو دلالة، ودون توقيت مع مراعاة عدم الاضرار بالبائع، وذلك بصورة الإمهال لما فيه إجحاف بحقه.

ولكن قد تحصل أشياء يسقط بها أو بأحدها حقه في الرد، وهي ما يعبّر عنها بالمسقطات، وهي قسمان إثنان، هما:

١ ـ هي أشياء يسقط بها حقه في الرد، ولا يحق له أن يرجع على البائع بشيء من النقصان، ويكون بعد علمه بالعيب ورضاه به صراحة أو دلالة، بأن يقول: رضيت به على عيبه أو بفعلٍ ما يدل على رضاه به، كأن يرهنه أو يبيعه أو يتصرف به أي تصرف يعتبر فعلاً، دالاً على رضاه. ولأن البائع لم يرض بزوال ملكه عنه بأقل من المسمى فيتضرر به، ويرفع الضرر عن المشتري بإعطائه حق الرد، ولا أكثر.

والأصل في هذا: أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب.

وحيث يتمكن المشتري بعد علمه بالعيب أن يرد المبيع، والرد غير ممتنع برضا البائع فيصير المشتري ببيعه وبتصرفه في المبيع حابساً المبيع، فلا يرجع بالنقصان.

وهو مذهب كل من الشافعي والثوري وأحمد في الصحيح من الروايات ولأن الرد ثبت لإزالة الضرر، وفي الرد على البائع إضرار به،ولا يزال الضرر بالضرر.

وفي رواية للإمام أحمد، أن للمشتري الرد، ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن، وإن شاء أمسكه وله الأرش، وبهذا قال مالك[١].

٢ ـ وهذا القسم ليس كسابقه لأن سابقه لا يستطيع أن يردّه بعد أن أظهر رضاه به ولا يستطيع أن يرجع بنقصان العيب، لأنه يتضرر البائع، إذ من حقّه أن يخرج عنه ملكه إلا بهذا الثمن، وفي نفس الوقت بإمكان المشتري قبل تصرفه به أن يردّه ودون امتناع من قبل البائع.

وأما هذا القسم من العيوب فإنه يختلف عن سابقه، نظراً لكون الردّ ممتنع ودون توقف على رضا المشتري، ومثاله:

---

(١) فتح القدير ج ٣٦٩/٦، نظرية الخيار/٣٨.

العين المبيعة تهلك بيد المشتري ثم يطلع على عيب فيها كان قبل القبض أي عند البائع، فلا يمكن ردّها لأنه متعسّر بالهلاك، وكذلك فيما إذا كان قد تصرف فيها المشتري بعد ذلك قد أطلع على عيب فيها، وهذا التصرف يعتبر قد عيّبها، كأن يكون قماشاً فقطعه، وكأن يكون حيواناً فيهلك ثم يطلع فيه على عيب كان موجوداً سابقاً قبل القبض.

وينبغي أن يلاحظ في هذا القسم التالية:

١ ـ إن تعيّب المبيع في يد المشتري، كأن يكون قماشاً فقطعه ثم أطلع على عيب ماضي، فإن له حق الرجوع بالنقصان، إلا إذا رضي البائع بردّه عليه بعد قطعه، فإنه يردّ عليه، ولأن الأصل في امتناع الردّ هو للعيب الحادث وما دام البائع الذي كان الامتناع لحقه، قد رضي به، فإنه لا يلزم بالنقصان بل له الحق في استرداده، وقد رضي بإسقاط حقه المتمثل في الامتناع.

٢ ـ إن هلك المبيع في يد المشتري ثم أطلع فيه على عيب، فلا شك أنه لا ردّ هنا، لأنه ممتنع لحق البائع في رفع الضرر عنه، وفي نفس الوقت يتضرر البائع للعيب الذي فيه، وهو غير راض به.

فذهب الحنفية إلى أن حق المشتري برجوع النقصان، وكأن الملك قائم والرد متعذر، وقد أطلع على عيب وذلك موجب[1].

وبه قال الشافعية، وسواء كان الهلاك بآفة سماوية أم بغيرها كمرض أو كثرة طعام ونحوه[2].

وبهذا قال المالكية شرط أن يكون هلاكه بغير سبب العيب القديم، وإلا فإنه يرجع عليه بضمانه كلّه إن كان مدلّساً وهلك بالسبب الذي دنّس فيه البائع. وكذلك النقصان[3].

---

(١) فتح القدير ج ٦/٣٦٩.
(٢) مغني المحتاج ج ٢/٥٤.
(٣) القوانين/٢٢٩.

وأما عند الحنابلة، فالأصل عندهم إما الرد والتأريش وإما الأخذ بالعيب، وأما إذا كان في المبيع عيبٌ في حال وجوده عند البائع، وعند البيع كتمه البائع ودلّس فيه عليه حتى تعيّب المبيع في يد المشتري فله الرد وأخذ ثمنه كاملاً ولا أرش عليه، وسواء كان الحادث بفعل المشتري أم بفعل غيره أم بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه، وسواء أكان ناقصاً للمبيع أم ذاهباً به كلّه.

وإن لم يكن مدلساً في العيب فإن له الرجوع بالنقصان[1].

ويبدو أن الراجح من هذا هو ما قد ذهب إليه المالكية وذلك في حال هلاك المبيع بسبب العيب الذي دلّس فيه البائع بأن يرجع بكل الثمن، وأما إذا لم يكن الهلاك بالسبب المدلّس فإنه يرجع بنقصان العيب[2].

٣ ـ هلاك المبيع بفعل المشتري:

نصّ الحنفية على أن امتناع الرد إذا كان بفعل المشتري فإنه لا يرجع بالنقصان، ولأن بفعله تعذّر الرد، وهو حابس له، وكأن المبيع في يده يحبسه ويريد الرجوع، فصار كما إذا قتل النعجة المباعة، أو كما كان المبيع طعاماً فأكله المشتري، وهو ظاهر الرواية، وذهب أبو يوسف إلى أنه له الرجوع بالنقصان، وهو قول لمحمد والشافعية[3]. وهو قول المالكية أيضاً[4].

وفيما لو أتلف بعضاً منها، كطعام أكل بعضه أو باع بعضه، فكذلك الحكم عند الإمام وعند الصاحبين يرجع بالنقصان[5].

ووجهة استدلال الإمام: أن المتملك قد استفاد العوض وسقط ماله من ضمان. والرد ممتنع بسبب فعله، وهو يسقط حقه في الرجوع.

---

(١) المغني ج ٤/١٦٧.
(٢) نظرية الخيار/٣٧.
(٣) فتح القدير ج ٦/٣٧١.
(٤) القوانين/٢٢٩.
(٥) فتح القدير ج ٦/٣٧١.

ووجهة القائلين بالرجوع: أن ما قد أتلفه لا يسقط حقه في النقصان، لأن هذا الحق قد ثبت له تداركاً لما فاته، ولم يرض بإسقاطه.

٤ ـ تصرف المتملك بالبيع:

وفيما لو تصرف المتملك بالمبيع تصرفاً يخرجه عن ملكه، كالبيع ونحوه، فقد اختلف الفقهاء حول إمكانية رجوعه بالنقصان على البائع أم لا؟

فمذهب الحنابلة أن له الرجوع في أي تصرف لأنه غير عالم بما فيه من عيب، فلم يكن التصرف دالاً على الرضا، فلا يسقط حقه.

ومذهب الحنفية قائم على التفرقة بين التصرف بعوض والتصرف بغير عوض، فإن كان بعوض فلا حق له في الرجوع، وإن كان بغير عوض، كان له الرجوع بقيمة النقصان، وذلك كالعتق.، إذ في الأولى قد استفاد عوضاً دون الأخرى.

ومذهب الشافعية قائم على إمكانية عودة المبيع الى التملك، كالبيع والهبة، فإن وله الرجوع، وإن لم يكن كالوقف، فلا الرجوع.

والراجح ما ذهب إليه الحنابلة، وهو حق المشتري في الرجوع بقيمة النقصان حينما يعلم بعد تصرفه في المعقود عليه، ومن غير فرق بين تصرف وآخر(١).

مسألة انتقاص المبيع في يد المشتري

فيما قد مضى قد أشير إلى هذه المسألة، ونظراً لأهميتها نستعرض حكمها على ضوء المذاهب الفقهية.

مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أنه ليس له سوى الرجوع بالنقصان، وأنه لا يلزم البائع

(١) انظر: نظرية الخيار/ ٤٠ بتصرف.

بردّها، وأن البائع مخيّر بين أن يستردها، أو أنه يرجع عليه بنقصان العيب.

وحجتهم: أن في ردّها على البائع إضرار به لوجود العيب الحادث، وبالإمكان رفع الضرر عن المشتري بدفع النقصان(١).

ومذهب المالكية كما أفاد صاحب القوانين، كما يلي:

١ ــ عيب ليس فيه شيء، وهو العيب اليسير الذي لا ينقص من الثمن.

٢ ــ عيب فيه قيمة، وهو اليسير الذي ينقص من الثمن، فيحط عن المشتري بقدر نقص العيب، وذلك كالحريق في الثوب والصدع في الحائط.

٣ ــ عيب فاحش وهو عيب الرد.

وحدوث العيب عند المشتري يعطيه الخيار، إن شاء ردّه وردّ أرش العيب الحادث عنده، وإن شاء تمسك به وأخذ أرش العيب القديم؛ وهذا ما يسمى بالعيب القيمي، وأما إذا كان العيب فاحشاً فهو عيب الرد، فالمشتري في هذه الحال بالخيار بين أن يردّه على البائع أو يمسكه، ولا أرش له على العيب، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده(٢).

وهذا التقسيم في غير الحيوان، وأما في الحيوان ونحوه، فيرد بكل ما يحط من القيمة قليلاً كان أم كثيراً، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة في سائر المبيعات(٣).

ومذهب الشافعية: يسقط الرد قهراً لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعيبين. والمشتري بالخيار، بين أن يؤرش العيب الحادث إلى البائع ويردّه عليه، أو أن يغرم البائع العيب القديم ولا يرد، ولأن في هذا رعاية للجانبين، إلا إذا قبل البائع بردّه عليه وعلى عيبه فكان به ودون تأريش، أو أنهما يتراضيان على تأريش الحادث، أو تأريش القديم.

---

(١) فتح القدير ج ٦/٣٦٤.

(٢) القوانين/٢٢٩.

(٣) القوانين/٢٣٠.

فإن اتفقا على أحد التأريشين فذاك هو، وإلا فالأصح أن يجاب طالب الإمساك، بأن يطلب أحدهما الردّ مع الأرش الحادث، والآخر الإمساك مع أرش القديم، فيجاب لطالب الإمساك مع أرش القديم، وسواء أكان البائع أم المشتري لما فيه من تقرير العقد، وهذا الأظهر.

وفي الظاهر: أنه يجاب المشتري مطلقاً لتلبيس البائع عليه.

وقيل: بل يجاب البائع [(١)].

ومذهب الحنابلة: على أن المشتري بالخيار، بين الرد وأخذ الثمن كلّه والردّ مع أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن، وبَيْنَ الإمساك وله أرش العيب القديم.

وفي رواية عن أحمد: ليس له الرد وله أرش العيب القديم، وهو كقول الحنفية، ولأن الرد يثبت لازالة الضرر، وفي الرد على البائع إضرارٌ به، ولا يزال الضرر بالضرر [(٢)].

وحجة الحنابلة فيما قد ذهبواإليه: أن العيبين قد استويا، وأن البائع قد دلّس به، وأن المشتري لم يدلّس، فكان رعاية جانبه أولى، ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني، فلا يزال إلا بدليل، وليس في المسألة إجماع ولا نص، والقياس إنما يكون على أصل، وليس لما ذكره الآخرون أصل، فيبقى الجواز بحاله، فإن ردّه فعليه أرش الحادث عنده لأن المبيع بجملته مضمون عليه، فكذلك أجزاؤه إلا إذا زال، فيردّ ولا أرش عليه.

وإذا كان البائع قد دلّس في العيب عنده، فإن للمشتري ردّه وأخذ الثمن كلّه وإن تعيّب عنده، ولا أرش عليه [(٣)].

□□□

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/٥٩.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤/١٦٤.

(٣) نفس المرجع.

العيب المتوقفة معرفته
على أحداث عيب فيه

وذلك مثل: البيض والجوز والبطيخ، ونحوه. فلو أنه اشترى عدداً من الجوز، أو بطيخاً، أو بيضاً، ولما كسرها، وجدها فاسدة، الجوز فاسد، والبطيخ فاسد، وكذلك البيض.

والفساد في داخل هذه الأشياء عيبٌ لأن الشراء أصلاً من أجله، والعقد واقع على ما في داخلها.

فذهب الحنفية إلى:

١ ـ إن كان ما في داخل العين المبيعة لا منفعة فيها البتّة، فإنه يرجع بالثمن كلّه على البائع، ولأنه يتبين بالكسر أنه ليس بمال، إذ المال ما ينتفع به إما في المال وإما في المآل، والمذكور ليس كذلك.

وبحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب، ولم يتناول منه شيئاً بعد ما ذاقه[1].

٢ ـ إذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب، أو وضعه قليل فهو من العيوب لا من الفساد، فيرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

وذهب الشافعية إلى الردّ على البائع وأخذ الثمن، ولا شيء على المشتري في الأظهر من المذهب، إلا إذا كان بالإمكان معرفة العيب القديم بأقل من هذه العيوب الحادثة، فيضمن أرشها، كما إذا استطاع أن يعرف العيب القديم بتقوير صغير فإنه يضمن التقوير الكبير، وهكذا.

---

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٣٧٢/٦.

وهناك قولان آخران:

١ ــ يردّ وعليه الأرش.

٢ ــ لا يردّ أصلاً.

والمذهب على الأول وهو الأظهر، وهو كأصل الأحناف.

ومن استدلال الشافعية على ما ذهبوا إليه: أن المشتري مسلّطٌ على كسرها لاستكشافها وكأن هذا من قبل المملك(١).

امتناع الرد لتعيّب المبيع بالزيادة:

هذه مسألة تعيّب فيها المعقود عليه بزيادة لا بانتقاص، كطحين قد عجن أو قماش صبغ، أو قماش خيط بذلة، أو أرض غرست، أو سيارة دهنت، وهكذا فذهب الحنفية إلى التفصيل فيها فقالوا:

الزيادة إما أن تكون متصلة أو تكون منفصلة، وكل منهما إما أن يكون متولداً من المبيع أو غير متولد.

١ ــ الزيادة المتصلة المتولدة من المبيع، كالحسن والهيئة، كما في النعاج والحيوانات، فمثل هذه لا تمنع الردّ في ظاهر الرواية.

٢ ــ الزيادة المتصلة غير المتولدة من المبيع، كالصباغ في القماش والخياطة فمثل هذه تمنع الردّ.

٣ ــ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع، كالثمر للشجر، فهذه يمتنع بها الرد؛ ولأن الفسخ لا يرد إلاعلى محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا.

وليس للبائع أن يقول: أنا آخذه، فتعيّن الرجوع بالعيب دفعاً للضرر.

وليس للبائع أن يأخذه وإن رضي المشتري بترك الزيادة، لأن الامتناع لم يتمخض لحقه، بل لحقه وحق الشرع بسبب ما يلزم من الربا حيث أن الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/٥٩.

أو شبهته، ولشبهة الربا حكم الربا، فلا يجوز[1].

٤ ــ الزيادة المنفصلة غير المتولدة من المبيع، كالكسب، لا يمتنع الرد بها، وأشاروا إلى طريقة الفسخ، بأن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة إلى المشتري مجاناً، بخلاف المتولد منه.

والفرق بينهما: أن الكسب ليس بجميع بحال ما، لأنه تولد عن المنافع والمنافع غير الأعيان[2].

وحاصله عند الحنفية: أنه يمتنع الرد في موضعين:

١ ــ في المتصلة غير المتولدة مطلقاً.

٢ ــ في المنفصلة المتولدة.

وذهب الحنابلة إلى ما يلي:

١ ــ إذا كانت الزيادة متصلة، كالسمن والكبر والتعلّم، فإنه يردها بنمائها، لأن هذا الاتصال يتبع في العقود والفسوخ. وهو: كرأي الحنفية.

٢ ــ إذا كانت الزيادة غير متولدة من البيع، كالكسب، كأن استغلّها أي أخذ غلتها، وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالأجرة والكسب، فهو كلّه للمشتري في مقابل ما يضمن، لأن المبيع لو هلك هلك على حسابه، وهو معنى قوله ﷺ «الخراج بالضمان»[3].

ولا خلاف في هذا[4].

وهو قول الحنفية ومالك والشافعي، قال: ولا نعلم عن غيرهم خلافهم.

٣ ــ إذا كانت الزيادة متولدة من المبيع كالثمرة بالنسبة للشجرة، واللبن

---

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٣٦٧.

(٢) الحاشية ج ٤/٨١.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، الأشباه والنظائر/١٥٢.

(٤) المغني ج ٤/١٦٠.

بالنسبة للأبقار، مثلاً فهي ــ الزيادة ــ للمشتري ويرد الأصل دونها.

وبه قال الشافعي وهو قول مالك.

ولم يقل به الحنفية، كما قد سبق، لكونها ربا أو شبهته، والرد ممتنع لحق الشرع، ولا يتوقف على رضا الطرفين.

وحجة القائلين بالرد:

١ ــ أن الزيادة حادث في ملك المشتري، فلم يمتنع الرد، كما لو كان في يد البائع، كالكسب.

٢ ــ أنه نماء منفصل، فجاز ردّ الأصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك(١).

وتوجيه الشافعية: أن الزيادة المتصلةَ في المبيع، كالسّمن هو تبع للأصل، وأن المنفصلة عيناً أو منفعة، كالحيوان والأجرة، فلا تمنع الرد، وتكون الزيادة المنفصلة من المبيع للمشتري ومن الثمن للبائع(٢).

فعلى رأي الحنفية يرجع المتملك بنقصان العيب على المملك ويمنع الرد. وعلى رأي الجمهور: له أن يرد، وما زاد عنده فهو له. بناءً لمبدأ: الخراج بالضمان.

موضع خيار العيب من العقود:

مما لا خلاف فيه أن خيار العيب يثبت في عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة، ونحوه.

ولا خلاف فيه أن العقود التي لا يقصد بها المعاوضة، لا تأثير للعيب فيها. كالهبات والصدقات.

واختلف في ثبوته في النكاح، فذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوته فيه.

---

(١) المغني ج ٤.
(٢) مغني المحتاج ج ٦٢/٢.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم ثبـوته فيـه، وأن النكاح لا شبـه له بالبيوع.

والقائلون به قاسوه على البيع، نظراً لشبهة البيع.

وهم لا يعنون به في أي عيب كان، بل هو عيب يغضّ من مقاصد الزواج كالجنون والجذام وداء الفرج الذي يمنع الوطء، والعنّة والخصاء في الرجل.

□□□

أثر الخيارات على العقود

للخيارات المشروعة آثار على العقود، وهي متنوعة حسب سببية الخيار.

في خيال المجلس:

يمنع لزوم العقد ما داما في المجلس وما لم يختارا إمضاء العقد.

وأما من جهة انتقال الملكية فهي كما يلي:

فذهب الحنابلة إلى صحته وإلى انتقال الملك بمجرد صدوره.

وذهب الظاهرية إلى عدم صحة انتقال الملكية فيه، وإن جرى التقابض بين المتعاقدين في العوضين ما لم يتفرقا بدناً ولم يخيّر أحدهما الآخر، والبيع باق على ملك البائع كما كان، والثمن باقٍ على ملك المشتري كما كان. والشافعية في الأظهر من المذهب إلى أن الملك موقوف.

وعند الحنفية ما دام الخيار موجوداً، فلا لزوم ولا انتقال، وإذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع(١).

وفي خيار الرؤية:

ذهب كل من الحنفية والشافعية إلى أنه لا يمنع انتقال الملك، لأن السبب في نقل الملك قد وُجد، ويترتب عليه ملكه، حيث لا مانع، سوىٰ أن الحنفية قالوا: إن الملك معه غير تام، بمعنى أن زواله لا يتوقف على رضا العاقد الآخر ولا على قضاء لاحتمال زوال الرضا عنه الرؤية.

والعقد غير لازم بالنسبة للمتملك؛ وإن اختلف في عدم اللزوم أهو من

---

(١) الهداية ج ٣/٢١.

وقت إنشاء العقد؟ أو من عند الرؤية فقط؟[1].

وذهب المالكية إلى عدم انتقال الملك لاحتمال الفسخ، فالعقد غير مستقر والملك يترتب على العقد المستقر.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية[2].

وفي خيار الشرط:

يرى الحنفية إلى أن خيار الشرط يمنع انتقال الملكية في حق من له الخيار من المتعاقدين، بائعاً كان أم مشترياً، فلا يخرج ماله عن ملكه ومن لا خيار له منهما يرتفع ملكه عن ماله.

وفي دخوله في ملك الآخر، خلاف بين الإمام وصاحبيه، ورأي الإمام أنه لا يدخل في ملك العاقد الآخر، ورأي الصاحبية يدخل في ملكه[3].

وعند الشافعية في أظهر الأقوال عندهم: أن المبيع مملوك لمن له الخيار من المتعاقدين بائعاً كان أم مشترياً، والثمن مملوك للآخر. هذا إن كان الخيار لأحدهما، أما إذا كان الخيار لهما، فالمبيع والثمن موقوفان، بمعنى: أنه لا يحكم بالانتقال أو عدمه إلا بعد الإمضاء أو الفسخ.

ويرى المالكية في المشهور عندهم: أن الخيار يمنع من انتقال الملك سواء للطرفين أو لأحدهما.

وذهب الحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن الملك ينتقل بالعقد، سواء كان الشرط لأحدهما أو لكليهما.

ولا يجيزون التصرف في محل العقد أو عوضه مدة الخيار بمعنى أنه لا يكون نافذاً إذا كان الخيار لهما.

---

(١) نظرية الخيار/٢٢.

(٢) نفس المرجع.

(٣) نفس المرجع.

وإذا كان الخيار للمشتري وحده وتصرف في المبيع عند قبضه يكون هذا منه إجازة.

وكذلك الأمر إذا كان الخيار للبائع وحده في صحة تصرفه في الثمن. ولعلّ الراجح عدم تحقق شرط الملك شرعاً وهو تمام الرضا، فلا انتقال للملك زمن الخيار(١).

وفي خيار العيب، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه يغيّر صفة العقد من اللزوم الى الجواز بما يعطيه المتملك من حق الفسخ. ولا تأثير له من حيث انتقال الملك فالملك منتقل معه وتام ومستتبع لسائر آثاره(٢).

خيارات أخرى:

سبق الكلام عن الخيارات الأربع، وهي: خيار المجلس وخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب؛ وهي الخيارات الرئيسية ذات الأهمية الكبرى في العقود.

وتمشياً مع قواعد التعامل التي أثبتها الإسلام فيما بين الناس حتى تتم معاملاتهم على وفق الرضا والقبول، فقد حرصت الشريعة الإسلامية على أن يكون انتقال الملك من طرف إلى آخر على الوضوح والرضا، حتى لا يدخل شيء إلى ذمة الشخص كرهاً عنه، وحتى لا يخرج منه شيء كرهاً عنه، وكذلك إبعاداً للضرر الذي قد يلحق بالطرفين، أو بأحدهما لولا ضمانات الشريعة وضوابطها.

وكل ما يعود إلى الغبن أو التدليس أو التسرّع أو التغرير، فقد قررت الشريعة الحفظ منها، فشرعت خيارات تكون بيد من يقع به الضرر، فقررت خيار المجلس للتروي، وخيار الرؤية للرضا، وكذلك خيار العيب لإبعاد الضرر، وخيار الغبن وخيار التغرير الفعلي.

---

(١) انظر معني المحتاج ج ٢/٢٨، بداية المجتهد ج ٢/٢٢٣، نظرية الخيار/٦٣.
(٢) نفس المرجع.

وما قد يعـود إلى رغبة المتعـاقد فقـد شرعت لـه اشتراط الخيـارات المناسبة مع مصلحته، فقررت خيارات عدة أمثال: خيار الشرط وخيار النقد، وخيار فوات الوصف وإن كان الأمر يقتضي تبيان هذه الخيارات، فإني أذكرها كتعريف ودون غوص في التفصيلات.

١ ـ خيار التعيين:

وهو: أن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعيّن أو أن يقول المشتري: اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أحدهما فللبـائع أن يلزم المشتري أيهما شاء، إلا إذا تعيّب أحدهما فليس له أن يلزمه الباقي، وأماإذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار الشرط» وخيار التعيين جائـز استحسانـاً عند الحنفيـة وقال الجمهـور ببطلانـه، وهو القياس، نظراً لعدم تعيينه، فهو أحد اثنين أو ثلاثة، والباقي أمانة.

وعلى هذا الوجه يكون المبيع مجهولاً، ومقتضى القياس فساده، ووجه الاستحسان: أن الخيار قد شرع للإحتياج لدفع الغبن، والاحتياج إلى ذلك متحقق في هذا النوع من البيع لأن الإنسان يضطر أحيانـاً لأخذ رأي فيمن يعتمده فيما يشتريه، أو رأي أهله، وهذا دليل جواز هذا الخيار للمشتري، أما البائع، فهو أن الإنسان قد يرث مالاً قيمياً ويتسلمه وكيله ولا يعرفه، فتمس الحاجة إلى البيع بهذا الشرط[1].

ولـذا فهو ثـابت للبائـع كما هـو ثـابت للمشـتري، وذلـك من بـاب الاستحسان.

٢ ـ خيار النقد:

هو خيارٌ لأحد طرفي العقد ينصب على إعطاء الطرف فترة زمنية محددة للالتزام، وإلا فلا بيع بينهما.

والأصل فيه، أي في البيع بخيار النقد، وهو القياس، عدم جواز البيع

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية شرح الاستاذ علي حيدر ج ١/٢٦٣.

الذي يشترط فيه خيار النقد، إلا أنه جوّز استحساناً، ووجه الاستحسان الاحتراز من مماطلة المشتري، لأن المشتري إن لم يدفع، فالحاجة تمس إلى فسخ البيع.

وإذا حصل البيع بشرط خيار النقد، يكون لكل من البائع والمشتري. ويجب تعيين المدة فيه، ويفسد البيع إذا لم يؤده الثمن في المدة المعينة.

وخيار النقد لا ينتقل إلى الوارث لأنه من الحقوق المجرّدة، فلا يورث كخيار الرؤية وخيار التغرير[1].

٣ ـ خيار الغبن:

وهو خيار سببه بيع السلعة بسعر زائد عن تقويم المقومين وهو الغبن الفاحش.

٤ ـ خيار التغرير:

وهو خيارٌ سببه أن يفعل البائع في المبيع فعلاً، أو يقول فيه قولاً يظنه المشتري كمالاً، فإذا هو ليس كذلك، كتصرية الشاة القليلة اللبن.

٥ ـ خيار الاستحقاق:

وهو خيارٌ سببه ظهور بعض المبيع مستحقاً للغير كأن كان مسروقاً أو مبيعاً بعقد سابق أو نحو ذلك.

٦ ـ خيار بيع الفضولي:

وهو خيار سببه بيع الفضولي، وهو بيع موقوف على إجازة المالك فإن شاء أجازه وإن شاء ردّه.

٧ ـ خيار تفريق الصفقة:

وهو خيارٌ سببه هلاك بعض المبيع قبل القبض أو بيان استحقاقه.

---

(١) راجع المصطلحات.

٨ ـ خيار عدم التسليم:

وهو خيارٌ سببه كون المبيع مستأجراً أو كونه مرهوناً أو نحو ذلك.

٩ ـ خيار البلوغ:

وهو خيارٌ سببه بلوغ من زوّجت صغيرة ـ أي عقد عليها ـ حيث لها خيار الابقاء على الزواج أو فسخه عند بلوغها.

١٠ ـ خيار الغرر:

وهو خيار سببه وجود جهالة في المبيع حين البيع.

□□□

المبحث الرابع
أقسام العقود

قسّم الفقهاء العقود أقساماً تبعاً لاعتباراتها المتعددة وأهمها ما يلي:

تقسيم العقد باعتبار صفاتها:

أولاً ــ العقد الصحيح:

العقد الصحيح هو ما كان مشروعاً أصلاً ووصفاً. أي العقد الذي اجتمعت فيه سائر شروط الانعقاد وسائر شروط الصحة.

ومثاله: عقد البيع يعقده البالغ العاقل وبشروطه المطلوبة.

ثانياً ــ العقد الباطل:

العقد الباطل هو ما لا يكون من العقود مشروعاً بأصله. وسواء أكان مشروعاً يوصفه أم لا، أي العقد الذي افتقد شروط الانعقاد كلًا أو بعضاً.

ومثاله: كون أحد المتعاقدين غير مؤهل للتعاقد، كالمجنون، أو الصبي الصغير. فهو باطل، وليس له أي أثر من آثار العقود.

ثالثاً ــ العقد الفاسد:

العقد الفاسد هو ما شرع بأصله لا يوصفه. أي العقد الذي اجتمعت فيه سائر شروط الانعقاد، وافتقد شروط الصحة كلًا أو بعضاً.

ومثاله: بيع الشيء بثمن مؤجل إلى مدة غير معلومة؛ وبيع الشيء دون تعيينه أو معرفته، فكما قد مضى أنه من شروط صحة العقد معلومية الشيء المباع وكذلك معلومية الثمن.

ويفارق العقد الفاسد العقد الباطل من الآثار، فحيث لا يمكن للباطل أن ينقلب صحيحاً، تجد العقد الفاسد ينفذ بمجرد زوال صفة الفساد، وفي

المجلة مادة/٣٧٢ «لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا إذا هلك المبيع في يد المشتري، أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله. كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً، أو تغيّر اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً، بطل حق الفسخ في هذه الصورة».

وهذا التباين بين العقد الباطل والفاسد هو عند الحنفية، أما عند الآخرين من الفقهاء فالباطل والفاسد سواء، وهما لفظتان مترادفتان سوى ما استثني من بعض العقود، كالوكالة والعارية والمضاربة، ونحوه.

رابعاً ـ العقد النافذ:

العقد النافذ هو العقد الذي لا يتعلق به حق الغير وأفاد آثاره في الحال. ويكون على هذه الصفة إذا باع ماله الخالص من تعلق حقوق الغير، وكان مؤهلاً للبيع. فهو صحيح نافذ.

خامساً ـ العقد الموقوف:

العقدالموقوف هو العقد الذي يتعلق به حق الغير ولا يفيد آثاره إلا عند إجازة صاحب الحق.

وهذا النوع من العقود يعتبر مقبولاً وخاصة عند الفقهاء الحنفية.

فالموقوف لا يعد باطلاً، بل هو متوقف على رضا صاحب الحق الذي تعلق به حقه. أو على إجازته.

فإذا علم صاحب الحق بالعقد الموقوف وأجازه ووافق عليه ورضي به صار العقد نافذاً، وإذا لم يجزه ولم يرض به، فسخ العقد وعدّ كأنه لم يكن، وعدّ من أمثلة هذا النوع:

١ ـ عقد الفضولي:

الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي.

أي كل من يتدخل بأمور غيره ويتصرف بها.

وعقد الفضولي: هو عقد يجريه الشخص في مال غيره ودون أن يكون وكيلاً عنه أو ولياً عليه؛ أي دون تفويض من صاحب المال أو إذن من الشرع، ولهذا فهو فضولي.

٢ ــ بعض عقود الصغير المميز:

كأن يبيع الصغير المميز ماله بلا إذن وليه، فإنه يكون موقوفاً. ونفاذ العقد متوقف على موافقة الولي وحسبما يرى من مصلحة الصغير في هذه الصفقة.

وكذلك بيع المرهون يكون موقوفاً، نظراً لتعلق حق الدائن المرتهن به، وكذلك بالنسبة لبيعه من قبل المرتهن؛ فلا بدّ من رضا الطرف الآخر، فإن أجازه صح ونفذ، وإن لم يجز بطل وانفسخ.

سادساً ــ العقد اللازم:

العقد اللازم هو العقد الصحيح النافذ العاري عن الخيارات. ولأن الخيار إذا وُجد العقد يعطي الحق لصاحبه في فسخ العقد أو البقاء عليه.

سابعاً ــ العقد غير اللازم:

العقد غير اللازم هو العقد الصحيح النافذ الذي تعلق به أحد الخيارات. كخيار الشرط وخيار الرؤية.

تقسيم العقود من حيث لزومها:

أولاً ــ العقود اللازمة من الطرفين:

وهي العقود التي لا يجوز لأحد من المتعاقدين بعد انعقادها أن يفسخها بدون رضا الآخر.

وأهم أنواعه، هي: البيع، الإجارة، الزواج الخالي عن الخيارات.

ثانياً ــ العقود غير اللازمة من الطرفين:

وهي العقود التي يكون فيها لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون رضا الآخر.

وأهم أنواعها: الوكالة، الشركة، المضاربة، الوديعة الإعارة.

ثالثاً ــ العقود اللازمة من أحد الطرفين وغيْر اللازمة من الطرف الآخر:

وهي العقود التي يكون لأحد الطرفين حق الفسخ وجوازه له. وتكون لازمة على الآخر، بمعنى: أنه لا يجوز له فسخها من جانبه.

وأهمها: الرهن[1].

□□□

(١) انظر: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية/٢٦٦ ــ ٢٧٢.

تقسيم العقد باعتبار الذمة

التعريف بالذمّة:

الذمّة بكسر الذال، جمع ذمم. وهي: العهد والأمان وفي الاصطلاح الذمة: هي صفة يصير الإنسان بها أهلاً للالتزام[1].

ومنه: العهد؛ وعقد الذمة، والذي هو عهد يُعطى للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام بالحفاظ على أرواحهم وأموالهم وعدم المساس بأديانهم[2].

والأصل في الإنسان أن تتولى ذمّته رعاية أمواله وأملاكه، وأن يكون التعهد أخذاً وعطاءً في ممتلكاته لذمته دون غيرها، وعليه يعود تعهده ربحاً وخسارة كما يعود عليه أثر تصرفاته المسلكية، أجراً ووزراً، ثواباً، وعقاباً، وعلى مقتضى قوله تعالى: ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾[3].

وهذا الأصل في تحمل التبعية حسبما تكليف النفس آثار تصرفاتها، عقوداً كانت أم غير عقود، من عهود ووعود ومسالك.

وكما قد سبق الكلام، أنها مواكبة للإنسان من كونه جنيناً في بطن أمه، وإن كانت ذمة ناقصة، وهي في تكامل إلى بلوغه العقل والرشد، وهي مرحلة الأهلية الكاملة، وجوباً وأداءً، وهي محلٌ للوجوب نسبياً ابتداء من ولادته، وتزداد النسبة بازدياد عمره ونمو عقله وحصول رشده، وآنذاك تكون الذمة كاملة وهي متعلق الواجبات والحقوق.

---

(١) معجم لغة الفقهاء، مختار الصحاح.

(٢) نفس المرجع.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

وينقسم العقد باعتبار الذمّة إلى إلزامية واختيارية.

١ ـ العقد باعتبار الذمّة الإلزامية:

والمراد: ذمة أخرى إلزامية تقوم بحفظ رعاية ذمة قاصرة ناقصة تسهر على مصالحها وتنمية أموالها.

وهذه ينطبق عليها «الولاية» وبقسميها الخاصة والعامة. وتكون على الصغار والمجانين والسفهاء، وتستمر حتى ذهاب أسبابها..

٢ ـ العقد باعتبار الذمّة الاختيارية:

والمراد: ذمة أخرى اختيارية تتعلق بها الحقوق والرعاية لوحدها أو مع غيرها، أي دون إلزام لأحد الطرفين.

وهذه تنطبق على الذمة في كل من الوكالة والكفالة والحوالة. فبالوكالة ينقل أمر الشيء تدبيراً والتزاماً، من ذمّة الأصيل ـ الموكّل ـ إلى الوكيل ومع بقاء ذمته. وبالكفالة ينتقل الأمر من ذمة مفردة، إلى ذمتين، وذلك بضم ذمة الكفيل إلى المكفول عنه.

وبالحوالة ينتقل الأمر من ذمة إلى ذمة أخرى، ودون بقاء ذمة المحيل وذلك ينقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى. وإليك البيان.

الولايـــة

التعريف بالولاية:

الولاية بفتح الواو وكسرها، فبالفتح النصرة، وبالكسرة الإمارة.

فهي إمارة، ومنه: عقدت الولاية لفلان.

وقد يُعنى بها: قسم إداري رئيسي في الدولة، والجمع ولايات.

وقد يُعنى بها: مرتبة إيمانية ينسى فيها ما سوى الله ويفرغ قلبه لله.

وقد يُعنى بها: حق تنفيد القول على الغير، شاء الغير أو أبى، ومنه:

الولاية الخاصة: الولاية على أشخاص معينين.

الولاية العامة: الولاية على غير أشخاص معينين، كـولاية القـاضي، وولاية أمير المؤمنين.

الولاية على المال: قيام كبير راشد على مال المحجور عليه لحفظه ورعايته.

الولاية على النفس: قيام راشد على قاصر لتربيته[1].

فالولاية الخاصة أقوى من الولاية العامّة؛ فولاية الأب مقدّمة على ولاية القاضي.

ولا تكون الولاية العامة مع وجود الولاية الخاصة، ولذا اعتبر القاضي ولي من لا ولي له، فمن كان له وليّ خاص، كالأب والجد والوصي القيم فلا ولاية للقاضي أو للولاية العامة عليه.

ومن جهة فإن الولاية تنقسم إلى تقسيمات عدة:

---

(١) معجم لغة الفقهاء (الولاية).

أولاً ــ تقسيم الولاية إلى ولاية ذاتية وإلى ولاية مكتسبة:

١ ــ **الولاية الذاتية**: وهي الولاية المستمدة من الذات، أي من ذات الشخص ومنها ولاية الأب وولاية الجد، فولايتهما مستمدة من ذاتيهما مقررة من قبل الشرع، وميزتها أنها لازمة غير قابلة للاسقاط والتنازل، ولا يستطيع القاضي عزلهما إلا إذا ثبت التقصير في حق من تولى أمره.

٢ ــ **الولاية المكتسبة**: وهي الولاية التي لا تتفرع من الذات، بل هي محصّلة من قبل الخارج لاعتبارات معينة في نفسه. ومنها الوكيل والوصيّ المنصب.

ثانياً ــ تقسيم الولاية إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية:

١ ــ **الولاية القاصرة**: هي من قصر الولاية على النفس، وبحيث لا تتعداها وهي مرتبطة بالأهلية، أي أهلية الأداء الكاملة، فمن استوفاها فقد كانت له ولاية لكنها قاصرة على نفسه.

٢ ــ **الولاية المتعدية**: وهي من تعدد ولايته إلى خارج حدود نفسه إلى الولاية على غيره، ذاتية كانت أم مكتسبة. ومنها ولاية الأب على صغاره، وولاية الوكيل[١].

ثالثاً ــ تقسيم الولاية إلى ولاية على النفس وولاية على المال:

١ ــ **الولاية على النفس**: وهي قيام كبير راشد على قاصر لتربيته[٢]. وتتمثل هذه الولاية برعاية شأن الصغير ومن في حكمه وموضوع هذه الولاية، هي القيام على حضانته والعمل على تربيته وتنشأته النشأة النافعة له في الدنيا والآخرة؛ ولذلك فهي تضم رعاية حفظه ورعاية مسلكه، من حضانة، والأصل فيها ابتداء أنها للأم ولجهة النساء، لأنها مرحلة تتطلب شفقة ورعاية مميزة في تربيته، وهي في جانب المرأة غالبة على وجودها في الرجل؛ وولاية تأديب

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد/٢٤٦.

(٢) معجم لغة الفقهاء.

وتدريب على التعاطي مع الحياة، وهي وإن كانت موجودة لدى النساء لكنها لدى الرجال هي الأقوى وهي الأغلب، ولذا يحكم بها للرجال[1].

٢ ـ **الولاية على المال:** وهي قيام كبير راشد على مال المحجور عليه لحفظه ورعايته[٤]. والمحجور عليه متنوع، بتنوع أسبابه، منه الصغر ومنه الجنون. والولاية ثابتة على الصغير ومن بلغ مجنوناً وتكون بين ولايتين اثنتين هما:

١ ـ ولاية النسب:

وهي للأب ووصيه ثم للجد ووصيه. وسلطة هذه الولاية مستمدة من الشرع مباشرة ولا يستطيع القاضي عزله، إلا إذا ثبت تقصيره.

وهي مقدمة على ولاية القاضي.

٢ ـ ولاية القاضي:

وهي تكون حيث لا أب ولا وصيّه ولا جد ولا وصيّه.

والقاضي ولي من لا ولي له، وهو مؤتمن في ولايته، يباشر ولايته على أموال الصغار إما بنفسه، وإما بواسطة وصي أو قيم ينصبه للسهر على مصالحه المالية. ويكون الوصي أو القيّم خاضعاً أمام القاضي الذي استمد ولايته منه[٢].

وذهب البعض إلى أن الولاية على مال الصغير والمجنون هي للأب أو وصيه من بعده أو للحاكم عند عدمهما[٣].

ولم يروا وجودها للجد أو وصيه، كما هو مذهب الحنفية.

فالولاية على المال، يختلف ترتيب الأولياء فيها عن الولاية على النفس. فهي في المال مقصورة على الترتيب الآتي:

الأب ومن بعده إلى وصيه ووصي وصيه، ومن بعدهم للجد ووصيه من

---

(١) معجم لغة الفقهاء.

(٢) الملكية ونظرية العقد للدكتور فرّاج/٢٤٦.

(٣) المغني لابن قدامة ج ٤/٥٢١.

بعده. وأما في غير المال، كالنكاح مثلاً فهي للأب ثم للابن ثم لابن الابن وإن بعد. ثم للجد وإن بعد، ثم للأم والشقيق ثم للأخ لأب.. هكذا حسب درجات القرابة، واختلفت الولاية فيما بين المال والنفس، نظراً لمصلحة المولى عليه التي يُراعى فيها الابتعاد عمن قد يقصروا أو قد تجوزوا في ماله.

وهذا مستبعد في الولاية على النفس من نكاح أو غيره.

ورأي الجعفرية ترتيب ا لولاية في المال هي كما يلي:

الأب ثم للجد، ثم لوصي الأب ثم للحاكم.[1]

الولاية بسب السفه:

وإذا طرأ السفه على المجنون حجر عليه لدى أكثر أهل العلم، ولا يحجر عليه الا الحاكم.

الولاية بسبب الجنون الطارىء:

من الحنفية من قال بعودة الولاية عليه إلى من كان قبل بلوغه رشيداً. ومنهم من قال بعودته إلى ولاية القاضي وحسبما يرى من مصلحته بتعيين من يقوم على ولايته، ويكون من أقامه القاضي على ولايته تابعاً له مباشرة، لا إلى الشرع، كما كان الحال قبل بلوغه راشداً.

والرأي الأول للإمام محمد بن الحسن، والرأي الثاني هو للإمام أبي يوسف.

الولاية بسبب السفه الطارىء:

منهم من قال باستمرارية الولاية السابقة، ولا يستوجب قضاء القاضي. وهو قول الإمام محمد، ووافقه أبو يوسف في الأصلي منه دون الطارىء.

وفي الطارىء يستوجب قضاء القاضي ويخضع لولاية القاضي، وهو الذي يعيّن له من يقوم على إدارة أمواله من أب أو جد أو غيرهما، ويخضع

---

(١) نظرية العقد في الفقه الجعفري للهاشمي/٧٥.

لسلطة القاضي مباشرة[1].

وفي المذهب الجعفري الولاية للحاكم في الأسباب الطارئة[2].

شروط صحة الولي:

يشترط فيمن يتولى أمر أموال فاقدي الأهلية ما يلي:

١ ـ أن يكون ذا أهلية تامة الأداء أي كاملة؛ وخرج بهذا الصبي المميز وما دونه، وكذلك المجنون والسفيه، وكل من يحتاج إلى من يتولى آخر أمر أمواله.

٢ ـ ويشترط أن يستمد الولي مع المولى عليه **الاتحاد في الدين**، وهذا في الولاية الخاصة، أما إذا كانت الولاية ولاية عامة، كولاية القاضي والحاكم فلا يشترط هذا، نظراً لعموم ولايته.

٣ ـ أن يكون **أميناً موثوقاً به** غير فاسق فسقاً يخشى منه التأثير على أموال المحجور عليه[3].

□□□

(١) الملكية ونظرية العقد/٢٤٩.

(٢) نظرية العقد/٧٥.

(٣) المراجع السابقة، وانظر: المغنى لابن قدامة ج ٥١٨/٤ وما بعدها. شرح منلا مسكين ج ١٦٧/١، الأشباه والنظائر/١٦٠، بداية المجتهد ج ٣٠٢/٢.

الوَكالة

التعريف بالوكالة:

الوكالة بفتح الواو وكسرها من وكل، يقال: وكّله بأمر كذا توكيلاً[1]. والوكالة يعنى بها الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى، بمعنى الحفيظ، كما في قوله تعالى: ﴿وحسبنا الله ونعم الوكيل﴾[2].

وأما في الاصطلاح: فهي التفويض. تفويض شخص أمره إلى آخر وإقامته مقامه في التصرف[3].

وعرّفت بـ: إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم[4] وفي المال: تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه[5].

ومقتضى التعريفات هو واحد، وهو التفويض من شخص لآخر ليتصرف فيما يخصه، واعتماده عليه في الحفاظ بصورة شرعية.

الحكمة من مشروعية الوكالة:

الأصل في الأمر أن يقوم الإنسان بحفظ حاجاته والتصرف في أمواله وفيما يخصه. وقد يتعذر عليه ما ذُكر نظراً لكثرة عمله أو لعدم وجوده كسفر، أو لعجزه عن القيام بالحفظ على أملاكه وما يخصه، فيحتاج إلى شخص يقوم مقامه في حفظ ممتلكاته وفي السهر على حقوقه، فيوكّل غيره مقامه حرصاً

---

(١) مختار الصحاح مادة وكل.
(٢) سورة آل عمران، الآية: ١٧٣.
(٣) معجم لغة الفقهاء/٥٠٩.
(٤) الدر المختار الحاشية ج ٤/٤٠٠.
(٥) نفس المرجع.

على منافعه.

مشروعية الوكالة:

الوكالة عقد جائز، ثبت جوازها بمايلي:

١ ــ ما حصل من تفويض أهل الكهف إلى شخص منهم، كما في قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾[1]، ووجهة الدلالة: أن هذا يفيد الوكالة.

٢ ــ وفي السنة، ماروي عن النبي ﷺ: أنه وكّل حكيم بن حزام بشراء الأضحية؛ ووكل عروة البارقي، فلما سأل رسول الله ﷺ شيئاً أعطاه علامة، وقال: أئت وكيلي بخيبر ليعطيك ما سألتني بهذه العلامة».

وبما ورد فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، قالت: «طلقني زوجي ثلاثاً ثم خرج إلى اليمن فوكّل أخاه بنفقتي فخاصمته عند رسول الله ﷺ، فلم يجعل لي نفقة ولا سكنى».

ووجه الدلالة: أن هذا يفيد جواز التوكيل اتفاقاً.

وبما رُوي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه، قال: «كان عليّ كرّم الله وجهه لا يحضر خصومة أبداً، وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكّل عقيلاً رضي الله عنه».

وفي هذا جواز التوكيل بالخصومة.

شروط صحة الوكالة:

شروط صحة الوكالة متعددة حسبما تعود إليه:

١ ــ منها ما يعود إلى الموكّل نفسه.

٢ ــ منها ما يعود إلى الوكيل.

٣ ــ منها ما يعود إلى محل الوكالة.

---

(١) سورة الكهف، الآية: ١٩

١ ــ أما ما يُشترط في الموكِّل:

أن يكـون أهلاً للتصرف ومالكاً له، وإلا فلا يصـح توكيله، لأن فـاقد الشيء لا يعطيه؛ فلا تصح الوكالة من المجنون والصبي غير المميز.

ولا تصح من صبي يعقل ــ مميز ــ بتصرف ضار، كالهبة والصدقة، وصح بما يعود عليه بالنفع كالهدية؛ وأما ما تردد بين الضرر والنفع، كالبيع والإجارة، فإن كان مأذوناً جاز، وإلا فهو موقوف على إجازة الولي.

فكل من صح تصرفه في شيء من نفسه، وكان مما تدخله النيابة، صح أن يوكل فيه رجلاً أو إمرأة(*)، حراً أو عبداً، مسلماً أو كافراً.

وصحت الوكالة، حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً، وهو قول الجمهور وصاحبي أبي حنيفة.

٢ ــ ما يشترط في الوكيل:

ما اشترط في الموكّل اشترط في الوكيل، بألّا يكون ممنوعاً شرعاً من تصرفه من الشيء الذي وكّل فيه، ولا يصح توكيل الصبي المميز إلا إذا أذن له؛ وكذلك المجنون.

وصح توكيل المرأة عند الحنفية (موكّله أو وكيله)، وعند الجمهور لا تصح في عقد النكاح لا أصلاً ولا وكالة.

٣ ــ ما يشترط في محل الوكالة:

المحل في الوكالة كالمحل في أي عقد، هو ما تمّ عليه العقد من

(*) وقال أبو حنيفة للخصم أن يمنع محاكمة الوكيل إذا كان الموكّل موجوداً حاضراً لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه، كـالدين عليـه، والفتوى في المـذهب على رأي الصاحبين. وحجـة الجمهور: أنه حق تجوز النيابة فيه، فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضا خصمه، ولأن الحاجة تدعو إلى الصحة، فإنه قد يكون له حق أو يدعي عليه ولا يحسن الخصومة، أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، وكما قد سبق الكلام بالنسبة لـلإمام علي كـرم الله وجهه.

الأعمال.

فتصح الوكالة في كل عقد وعمل صالح للنيابة، مثل: البيع والضمان وسائر العقود والفسوخ، والشركة والصرف، والمساقاة والطلاق والنكاح والصلح، ونحوه. ولا تصح الوكالة فيما يعتبر من باب العبادات البدنية، كالصلاة والصوم وصحت فيما فيه الجانب المالي مثل: الصدقة، الزكاة، الحج.

وكذلك لا تصح الوكالة فيما كان من باب الأيمان والشهادات لأن المقصود حصولها من شخص معين، وكذلك اللعان والظهار والطهارة من الحدث وهكذا. ولا تصح الوكالة على فعل المحرمات، كالغصب والسرقة والاعتداء على الآخرين والخطف وما شابه ذلك، وكذلك كل ما كان محرماً إتيانه أو غير صالح للنيابة.

فإذا استجمعت الوكالة شروطها، فإنها تنعقد، ويترتب عليها نتائج العقود والتصرفات، من ملكية البائع للمتن وملكية المشتري للمبيع، وكذلك إثبات الحقوق والدفاع من أجلها بالنيابة المعطاة.

فالوكالة: عقد كسائر العقود يلزمه الإيجاب والقبول.

أقسام الوكالة:

الوكالة قسمان إثنان، هما:

١ ـ وكالة عامة:

وهي التي تقع بالتوكيل العام الذي لا يسمي منه شيء دون شيء وهذا القسم من الوكالة مختلف فيه، فذهب الحنابلة إلى عدم صحته، وذهب الجمهور إلى صحته.

وحجة الحنابلة: أن في الوكالة العامة غرراً وخطراً، على الموكِّل نفسه. والجمهور على الأصل فيها، وهو الراجح.

ومقتضى الوكالة العامة: أن الوكيل مفوضٌ في كل شيء إلا مستثنيات:

كالطلاق والعتاق والوقف والهبات والصدقات، وكذلك لا يملك الابراء عن الدين والحط منه، وكذا كل ما كان من باب التبرع؛ وهو المفتى به من المذهب الحنفي.

٢ ــ وكالة خاصة:

هي التي تقع على شيء أو عمل محدّد، كأن يوكّله في بيع قطعة أرض معلومة، معروفة المساحة والجهة؛ أو وكّله في عمل معيّن كأن ينوب عنه في مسألة معينة، أو قضية.

والأصل في الوكالة الخاصة: التبيان التام، من الجنس والنوع والقدر والصفة، وأن كل جهالة مؤدية إلى النزاع، تكون في الوكالة الخاصة، تمنع الوكالة من الصحة.

بخلاف الوكالة العامة، حيث لا تؤثر فيها الجهالة، وإن كانت فاحشة. فلو قال له: وكلتك في زواجي من امرأة، أو قال: وكلتك في شراء منزل، أو شراء سيارة، ودون أن يحدد مواصفات ما قد وكله به فلا تصح الوكالة.

أنواع الوكالة:

وتتنوع الوكالة إلى وكالة مطلقة ووكالة مقيّدة.

١ ــ الوكالة المطلقة:

المطلقة من الإطلاق، والمطلق: هو الذي لا قيد فيه ولا شرط. فتكون الوكالة المطلقة، هي الوكالة، عامة أو خاصة، الخالية من القيود كأن يقول له: وكلتك في بيع منزلي الكائن في محلة كذا، ودون أن يضع له ثمناً معيناً.

٢ ــ الوكالة المقيدة:

هي الوكالة، عامة أو خاصة، التي اقترنت بما يقيد فعل الوكيل، كأن يقول: وكلتك في شراء سيارة مرسيدس (٨٢) لونها أخضر بثمن قدره مليونان ليرة لبنانية، أو على ثمن لا يزيد عن هذا المقدار. فهو مقيد بالثمن المحدّد وبالمواصفات المطلوبة.

حكم عقد الوكالة:

ينظر إلى حكم عقد الوكالة من جانبين إثنين:

١ ــ الوكالة عقد جائز غير لازم؛ بمعنى أن للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء.

٢ ــ ومن جانب آخر: أن حكم هذا العقد، ترتب الآثار الشرعية عليه، كملكية البائع الثمن، وملكية المشتري المبيع.

مبطلات الوكالة:

تبطل الوكالة بما يلي:

١ ــ موت الوكيل.

٢ ــ فقدان عقله.

٣ ــ إرتداده، عند الإمام أبي حنيفة، وعندهما لا تبطل، بل تبقى تصرفاته نافذة ما لم يمت أو يقتل أو يحكم بردته[1].

□□□

(١) انظر في هذا الموضوع: الحاشية ج ٤/٤٠٠، المبسوط ج ١٩/٦، الهداية ج ٣/٣٦، بداية المجتهد ج ١/٣٢٦، المغني ج ٥/٩٩، الأشباه والنظائر/٢٥١، معجم لغة الفقهاء/٤٣٦.

الكفالـــة

تعريف الوكالة:

الكفالة في اللغة: هي الضم، ومنها قوله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾[1] أي ضمها إلى نفسه وقوله ﷺ «أنا وكافل اليتيم كهاتين» أي ضامّ اليتيم إلى نفسه.

وأما في الشرع: الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً.
والمراد: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.
وهي أنواع عدة:

١ ــ كفالة بالنفس، ككفالة الشخص بالعودة إلى السجن.

٢ ـ كفالة بالمال، كالكفالة بأداء ثمن السلعة التي اشتراها ديناً.

٣ ــ كفالة بالتسليم، كالكفالة بتسليم العين المؤجرة حين انتهاء مدة الإجارة. والكفالة بتسليم الولد حين انتهاء مدة الحضانة.

٤ ــ الكفالة المنجزة، كالكفالة التي لم تعلق بزمان معيّن ولا تكون مضافة إلى المستقبل.

٥ ــ الكفالة المعلقة، كالكفالة التي علقت على زمن أو علقت على تصرف معين[2].

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ٣٧.

(٢) انظر ما يلي: مختار الصحاح مادة كفل، معجم لغة الفقهاء (كفالة)، الحاشية ج ٢٤٩/٤.

مشروعيتها:

هي جائزة شرعاً، تثبت مشروعيتها بالقرآن والسنة والإجماع أما القرآن فكما في قوله تعالى: ﴿فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتاً حسناً وكفّلها زكريا﴾[1] ووجه الدلالة أن زكريا عليه السلام قد كفل مريم عليها السلام ليتم أصابها أو لجدب حصل لبني إسرائيل أوقعهم في ضيق وشدة[2]. وأما السنة فكما في قوله ﷺ «أنا وكافل اليتيم كهاتين».

وقوله ﷺ: «الزعيم غارم» ووجه الدلالة: أن الزعيم هنا هو الكفيل، كما في قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾[4] وعلى هذا الإجماع.

وللكفالة أسماءٌ عدة، فهي كفالة، وهي ضمان كما عند الحنابلة[5]، وهي حمالة، كما عند المالكية[6]، وكلّها تؤدي إلى نفس المعنى؛ وكذلك الزعامة وحكمها من حيث الأثر: صيرورة ذمة الكفيل مضمونة إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة. أي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة[7].

شروط صحة الكفالة:

يشترط لصحة الكفالة:

١ ـ أن يكون الكفيل مجاز التصرف في ماله[*] رجلاً كان أو إمرأة.

٢ ـ أن يكون المحل في الكفالة مضموناً على الأصيل، ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ٣٧.

(٢) تفسير ابن كثير ج ١/٣٦٠.

(٣) رواه أبو داود في البيوع والترمذي وأحمد، انظر نصب الراية ج ٤/٥٧.

(٤) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٥) المغني ج ٤/٥٩٠.

(٦) بداية المجتهد ج ٢/٣١٩، شرح الخرشي ج ٦/٣٢٠.

(٧) الاختيار ج ٢/١٦٦.

(*) يخرج بهذا القيد كل من لا يجوز له التصرف في ماله كالمجنون والصبي.

٣ ـ أن يكون مقدور التسليم من الكفيل.

٤ ـ أن يكون الدين لازماً، وهو خاص بالكفالة بالمال.

وهل يشترط قبول المكفول له، حتى تصح الكفالة؟

فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد إلى اشتراط قبول المكفول له وصحته: أنه إثبات مال لآدمي، فلم يثبت إلا برضاه، أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء[1].

وهو قول لدى أصحاب الشافعي[2].

وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط قبول المكفول له، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وحجتهم أن قتادة رضي الله عنه ضمن من غير رضا المضمون له عنه، فأجازه النبي ﷺ.

وبما رُوي في الصحيحين: أنه ﷺ أتى بجنازة فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، فقال: صلوا على صاحبكم، قال: أبو قتادة صلّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه فصلى عليه».

وكذلك رُوي عن علي رضي الله عنه.

٢ ـ هي وثيقة لا يعتبر فيها قبض، فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب[3]. وقول الجمهور هو الراجح.

صيغة انعقادها:

صيغة انعقادها تكون حسب نوعية الكفالة.

فإن كانت كفالة بالنفس فتنعقد بأي لفظ ينبىء عن العهدة في الصرف والعادة، مثل: هذا إليّ، أو عليّ، أنا كفيل به أو قبيل أو زعيم، وما شابه.

---

(١) الاختيار ج ٢/١٦٦، الحاشية ج ٤/٢٥١.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٢٠٠.

(٣) المغني ج ٤/٥٩١، بداية المجتهد ج ٢/٣٢٠.

وإن كانت كفالة بالمال فتنعقد بكل ما ينبىء عن العهدة، مثل قول الكفيل: كفلت لك بمالك على فلان، أنا ضامن ما عليه من المال، وما شابهه.

تقسيم الكفالة إلى كفالة بالمال وكفالة بالنفس:

الكفالة بالمال:

الكفالة بالمال: هي قول الكفيل: كفلت لك بمالك على فلان؛ أو أنا ضامن ما عليه من المال، والكفالة بالمال هي موضع اتفاق بين السادة العلماء(١). ويلتزم الكفيل بكفالته أمام المكفول له، بناءً لدخل ذمته بالمكفول به.

ولصاحب الحق مطالبة أياً منهما بالحق، وأي منهما دفعه سقط عن الآخر ولا يبرأ المكفول عنه إلا بأداء المكفول، أو المضمون(٢).

وإن أبرأ صاحب الدّين المضمون عنه برئت ذمته، أي الضامن، لأنه تبع، ولأنه وثيقة؛ فإن أبرىء الأصل زالت الوثيقة، كالرهن.

الكفالة بالنفس:

الكفالة بالنفس هي أن يكفل بدن من عليه مالٌ يصح ضمانه. فذهب أكثر أهل العلم إلى جوازها وصحتها، ومنهم: الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو المذهب لدى الشافعية.

وذهب الظاهرية وفي قول لدى الشافعية إلى عدم جوازها، وحجة الجمهور وأكثر أهل العلم: عموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وكذلك فإن مقصود صاحب الحق التوثق من حقّه، وتمام التوثق يكون بهذا» وأيضاً في جوازها مصلحة، وهي حاجة الناس، وأنه مروي عن الصدر الأول(٣).

---

(١) المغني لابن قدامة ج ١٨/٥.
(٢) نفس المرجع.
(٣) نفس المرجع.

وأما الكفالة بالنفس عن بدن من عليه عقوبة كالحدود، فإنها لا تصح في نظر أكثر أهل العلم(١).

وذهب الشافعية إلى أنها لا تصح فيما كان من حدود الله تعالى، وأما ما كان من حدٍ لجهة العبد، أو القصاص، فهي جائزة(٢)؛ والراجح ما ذهب إليه الجمهور، وهو قولٌ لدى الشافعية.

وحجة الشافعية: أن الكفالة في العقوبة هي شبيهة بالكفالة بالمال.

وحجة الجمهور:

١ ــ ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن النبي ﷺ قال: «لا كفالة له في حد».

ووجهة الإستدلال: أنه حد الآدمي حد، فلم تصح الكفالة فيه، كحدود الله تعالى.

٢ ــ الكفالة استيثاق، وهو حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذّر إخطار المكفول به، فلم تصح الكفالة بما هو عليه، كالزنا(٣) وذكر صاحب المبسوط ما لا تجوز فيه الكفالة، فعدّ منها:

١ ــ الحدود.

٢ ــ القصاص، سواء في عضو أو في نفس.

٣ ــ الأمانات، لكونها غير مضمونة على الأصل.

٤ ــ الرهن، لأن جواز الكفالة يختص بما يمكن إستيفاؤه من الرهن فإن موجبه ثبوت يد الإستيفاء، وكذلك الكفالة بالرهن على المرتهن فهي باطلة، لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح كالوديعة والعارية(٤).

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٤/٦١٦.

(٢) مغني المحتاج ج ٢.

(٣) المغني ج ٤/٦١٦.

(٤) المبسوط ج ١٢/٧٢.

إذا مات المكفول عنه سقطت الكفالة، ولم يلزم الكفيل شيء، وهو قول الجمهور، من الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم.

وقال المالكية: يجب على الكفيل غرم ما عليه.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، بناء لكون الحضور سقط عن المكفول عنه، فبرىء الكفيل كما لو برىء الأصيل من الدين، فكذا الكفيل[1].

□□□

(١) المغني ج ٤/٦١٧.

الحوالـــة

تعريف الحوالة:

الحوالة في اللغة مشتقة من التحوّل، بمعنى الانتقال، يقال: تحوّل من المنزل إلى المنزل، إذا انتقل عنه، وهي بفتح الواو وأفصح[١].

وأما في مصطلح الفقهاء فهي عند الحنفية: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه[٢]. **وعند الشافعية**: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[٣]. **وعند المالكية**: طرح الدين عن ذمة بمثله من أخرى[٤]. **وعند الحنابلة وحسب اشتقاقها**: هي من تحويل الحق من ذمة إلى ذمّة[٥].

ومفاد الأقوال يكاد يكون واحداً، من حيث نقل ما يوجد في ذمة الأول الأصيل، أو المحيل، إلى ذمة الآخر، أي المحتال عليه، مع شروط وضوابط معينة.

حكم الحوالة:

الحوالة جائزة شرعاً، ثبتت مشروعيتها بالسنة والإجماع.

أما السنة فيما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مطل[٦] الغني ظلم وإذا اتُبع أحدكم على مليء[٧] فليتبع»[٨] وفي لفظ «ومن أحيل على مليء

---

(١) مختار الصحاح مادة حول/معجم لغة الفقهاء (حوالة).

(٢) الاختيار ج ٣/٣.

(٣) مغني المحتاج ج ١٩٣/٢.

(٤) شرح الخرشي ج ١٦/٦.

(٥) المغني ج ٥٧٦/٤.

(٦) المطل: يُعنى به إطالة الدفع إلى مستحقه بخلاف العاجز، نيل الأوطار ج ٢٦٦/٥.

(٧) المليء: يعني به الغني.

(٨) متفق عليه انظر: نيل الأوطار ج ٢٦٦/٥، كتاب الحوالة والضمان.

فليحتل»[1] وفي رواية عن طريق ابن عمر «مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتّبعه»[2] وعلى هذا الإجماع[3].

صفة الحوالة:

لما في الحوالة من التزام، ونقل هذا الالتزام من ذمة إلى ذمة، نظر لها وكأنها بيع، أن فالمحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه. وهذا بيع دين بدين، وبيع الدين بالدين باطل وغير جائز وقيل أن تـأخير القبض رخصـة، مستثنى حالهـا، نظراً لكـونها مبنية على الرفق، لكن هذا القـول ضعيف، وما عليه العلماء أنها ليست بيعاً، بل هي نقل وتحوّل والصحيح أنها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس محمولاً على غيره.

لأنها لو كانت أيضاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض، نقلاً عن كونها بيع مال الربا بجنسهٔ، ولهذا لا تجوز بلفظ البيع، ولا خيار فيها وهي ملزمة بمجرد العقد[4]. فهي عقد استيفاء: وقيل بل هي عقد إرفاق.

فبموجب عقد الحوالة يصبح المحتال عليه ملتزماً بالوفاء بما قد أحيل به[5].

شروط صحة الحوالة:

أولاً ــ الشروط العامة للحوالة:

يشترط للحوالة من أهلية المتعاقدين ما يشترط عند كل عقد.

فيشترط بصحتها في المحيل العقل، فلا تصح حوالة مجنون وصبي لا يعقل. ويشترط رضاه، وخرج الإكراه.

---

(١) رواه أحمد انظر نفس المرجع.

(٢) رواه ابن ماجه، نفس المرجع.

(٣) المغني لابن قدامة ج ٥٧٦/٤.

(٤) انظر: المغني ج ٥٧٦/٤، نيل الأوطار ج ٢٦٦/٥، شرح منلا مسكين ج ٥٧/٢.

(٥) نفس المرجع.

وأما البلوغ فهو شرط نفاذ، وتكون صحة حوالة الصبي المميز موقوفة على رضا وليه وإجازته.

وهذه الشروط يطلب وجودها في طرفي العقد، وإلا فهو بين البطلان والوقف، والفساد، فهي باطلة من فاقد العقل كالمجنون، وهي موقوفة من صبي مميز، وهي فاسدة بالاكراه(1).

ثانياً ـ الشروط الخاصة:

يشترط لصحة الحوالة ما يلي:

١ ـ رضا المحيل:

وهو بالإتفاق، لأنه الأصل في الحوالة، ولأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه، ولا خلاف في هذا(2).

٢ ـ رضا المحال(*):

يشترط رضا المحال حتى تصح الحوالة، ولأن في الحوالة انتقال حقّه من ذمة إلى ذمة أخرى، والذمم متفاوتة.

وهو رأي الحنفية، ورأي أكثر أهل العلم من الشافعية والمالكية(3) وذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط رضاه، بل عليه أن يلزم القبول.

قال صاحب المغني: ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال. فإذا أحيل على من هو مليء بماله وقوله وغير جاحد ولا مماطل لزم المحتال القبول(4).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور نظراً للاعتبارات المذكورة.

---

(١) الحاشية ج ٤/١٩٢.

(٢) الحاشية ج ٤/٢٨٩، المغني ج ٤/٥٧٦.

(*) المحال هو الدائن، ويقال له: محتال، محتال له، محال، محال له، حويل.

(٣) الحاشية ج ٤/٢٩٠، شرح الخرشي ج ٥/١٦.

(٤) المغني ج ٤/٥٨٣.

٣ ـ رضا المحال عليه:

ذهب الحنفية إلى اشتراط رضا المحال عليه، وهو قول الظاهرية، وأحد قولين لدى الشافعية.

وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط رضاه، وهو قول الحنابلة والمالكية وقول لدى الشافعية. وحجة المشترطين: أن الحوالة إلزام بالدين ولا إلزام دون التزام.

وحجة الجمهور: قوله ﷺ «إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع» وهو يفيد الجواز، ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكليه وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول، كما لو وكل رجلاً في إيفائه[1]، وهو الراجح.

٤ ـ محل الحوالة:

محل الحوالة هو المعقود عليه فيها من دين أو عين.

فذهب الحنفية إلى أنها ـ الحوالة ـ لا تقع إلا في الديون[2]؛ فإذا كانت من باب الأعيان[3]، فلا تصح الحوالة[4].

وهو كذلك، لأن النقل الذي تضمنته الحوالة نقل شرعي، وهو لا يتصور في الأعيان، بل المتصوّر فيها النقل الحسي.

فهي في الدّين لكونها نقلاً للوصف الشرعي[5].

وعند كل من الحنابلة والشافعية، فهي تصح في كل ما يصح فيه السلم من الأثمان والحبوب، وكل ما يثبت في الذمة بالإتلاف[6].

---

(١) المغني ج ٤.

(٢) الديون تعرّف بكل ما ثبت في الذمة من المال بعقد أو استهلاك أو استقراض.

(٣) الأعيان تعرّف بماله قيام بنفسه، بخلاف العرض فإنه لا يقوم إلا بغيره.

(٤) الاختيار ج ٣/٤.

(٥) الحاشية ج ٢٩١/٤.

(٦) مغني المحتاج ج ٢٥٢/٢، المغني ج ٥٧٩/٤.

وعند المالكية، تصح الحوالة في الديون وفي الأعيان، شرط ألا يكون المحال به عليه طعاماً من بيع، أن من سلم، حتى لا يدخلها بيع الطعام قبل قبضه[1].

ونخلص إلى ما يلي:
١ ـ منهم من خصها بالديون (النقدين) وهي أوصاف تثبت في الذمة.
٢ ـ ومنهم من أجازها في النقدين وكذلك الطعام.
ويشترط في كل من الدينين التساوي قدراً وصفة. فيجب التماثل في الحقين، لأن الحوالة تحويل ونقل للحق، فينقل على صفته ويعتبر تماثلهما بما يلي:

١ ـ **الجنس**، فيحيل على الذهب بالذهب، وعلى الفضة بالفضة، ولا عكس.

٢ ـ **الصفة**، فيحيل بالصحاح على الصحاح، وعلى العثمانية بالعثمانية.

٣ ـ **إتفاق أجل المؤجلين**، وعدم تأجيل الحالين، فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً لم تصح، وكذلك الحال فإنه لا يتأجل.

وتجب أن تكون على دين مستقر، وخرج بهذا الدين السلم لأنه غير مستقر، لكونه بعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه. والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي ﷺ «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[2].

أحكام الحوالة:

إذا توفرت شروط الحوالة برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا في مستثنياة مثل: رجوع المحتال على المحيل في حال هلاك المال، أي أن براءة المحيل من الدين مقيّدة بسلامة حقه، أي حق المحتال.

---

(١) شرح الخرشي ج ١٨/٥.
(٢) المغني ج ٥٧٩/٤، شرح الخرشي ج ١٩/٥.

ويكون بأن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا بينة للمحيل ولا المحتال، أو أن يموت المحال عليه مفلساً بغير عين ودين وكفيل[1].

وذهب الجمهور إلى أن ذمة المحيل في براءة من المحال، سواء أفلس المحال عليه أم لا جحد الدين أم لا.

وقال المالكية: إلا أن يعلم المحيل بإفلاس المحال عليه، فإن حق المحال لا يتحول إلى ذمة المحال عليه، ولا تبرأ ذمة المحيل، وللمحال أن يرجع بدينه على المحيل[2].

●●●

---

(١) الحاشية ج ٤/٢٩٢.

(٢) انظر: شرح الخرشي ج ١٩/٦، مغني المحتاج ج ١٩٧/٢، المغني ج ٥٨٠/٤، بداية المجتهد ج ٣٢٥/٢.

الفصل الثالث

في البيوع

فـي البيـوع

أولاً :

آداب البيع والشراء

لقـد نصّ العلماء وشـدّدوا على وجوب تعلّم أحكـام الكسب، بغيـة تحاشي الوقوع في المحظور، فكان عليه أن يتعلم ما تفسد به العقود، وما تصح به. وهو الحد الأدنى في القدر الواجب تعلّمه كي يتميز له المباح من المحظور، وموضع الاشكال، ولا عجب أن عمر رضي الله عنه كان يطوف بالسوق ويقول: لا يبيع في سوقنا إلا من يفقه، وإلاّ أكل الربا شاء أم أبى[1].

وما ينبغي أن يتخلّق به التاجر والمعـامل في معـاملته، هي صفـات ومميزات انفرد بها المسلم في معاملته.

وإذا كانت التجارة عند غير المسلمين، وكذلك معاملة الوظيفة، تخضع لرقابة المادة والآلة العلمية، فإن الرقابة التي يخضع لها المسلم هي الرقابة الربانية التي تختلج داخله فتقوّم سلوكه النفسي وسلوكه الخارجي.

ومهما حرصت رقابة الآلة العلمية والحنكة التجارية، فإنه يفوتها الكثير من قبل المكر والاحتيال والتفنن في الغش والزور، فضـلاً عن ميل النفس وانحرافها والذي أبداً لا يخضع لرقابة الآلة، ولذا فقد حرص الفقهاء وعلى ضوء نصوص الشريعة وقواعدها، على وضع أسس وخصائص الرقابة أمـام العاملين في حقل التعامل، تجارياً كان أم غير تجاري.

وقد تعرض الأئمة لها، وبيّنوها على شكل تحسيني وأدبي؛ وهي كما يلي:

---

(١) احياء علوم الدين ج ٢/٦٦.

أولاً ــ الربط بين التجارة والآخرة:

١ ــ حسن النية والعقيدة:

فمن ابتـدأ التجارة، فليحسن النية، ولينو بها الإستعفاف عن السؤال، فكف الطمع عن الناس استغناء بالحلال واستعانة بما يكسبه على الدين وقياماً بكفاية العيال ليكون من جملة المجاهدين.

وعليه أن يؤتى النصح للمسلمين، وأن يحـب لسائـر الخلق ما يحب لنفسه ولينو اتباع طريق العدل والإحسان في معاملته. ولينو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٢ ــ أن يقصد تأدية فرض من فروض الكفايات:

أن يقصد بصنعته أو تجارته القيام بفرض من فـروض الكفالـة، لأن الصناعات والتجارات، لو تركت لبطلت المعايش وهلك أكثر الخلق.

فانتظام أمر الكل بتعاون الكل، وكل فريق بعمل. ولو أقبل الكل على صنعة واحدة لتعطلت الجوانب الأخرى، وفي هذا المهلكة، وعلى هذا فقد حمل البعض قول «اختلاف أمتي رحمة»، أي اختلاف هممهم في الصناعات والحرف.

٣ ــ تذكر سوق الآخرة:

والمراد ألا ينسى وألا يمنعه سوق الدنيا عن سوق الآخـرة، وأسواق الآخرة المساجد، وفي هذا قوله تعالى: ﴿رجالٌ لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة﴾[١].

٤ ــ الملازمة لذكر الله:

والمراد ألا يكتفي بما يفعل في المسجد، بل عليه في الملازمة لذكر الله في سوق دنياه ولا ينقطع عن التهليل والتسبيح، وفي هذا قوله ﷺ «من دخل إلى السوق فقال: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد

---

(١) سورة النور، الآية: ٣٧.

يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير كتب الله له ألف ألف حسنة». وقد كثرت النصوص والشواهد عن كثرة الفساد في الأسواق، وقوام الحفاظ فيه مراقبة وقت كفايته، فإذا حصل كفايته انصرف قناعة به.

٥ ـ اجتناب الشبهات:

وعليه ألا يكتفي بترك الحرام، بل أيضاً أن يتحرى أمر الشبهات ويدعها وكذلك مظان الريب، حتى لا يقع إلا في مواضع الطيب، وعلى هذا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم﴾[١]، وقد كرّم الله تعالى المؤمنين بهذا المنحى العيشي، وكما قال ﷺ: «إن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين»[٢]، وقوله ﷺ: «إنّا معاشر الأنبياء أمرنا ألا نأكل إلا طيباً ولا نعمل إلا صالحاً»[٣].

٦ ـ الشعور بالمراقبة:

والمراد: أن يراقب جميع مجاري معاملته مع أي واحد من معامليه، فإنه مراقب ومحاسب، وأن كل معاملة أجراها لها صحيفة تعرض عليه يوم الحساب. ومن ثم فقد امتاز التاجر المسلم بآداب وحسن المعاملة في التزام العدل والاحسان فهو يعلم أنَّ تَـرْك الظلم والجور ربح للآخرة، وكما ينمي رأسماله الدنيوي فإنه ينمي رأسماله الأخروي.

ثانياً ـ والتاجر المسلم مع غيره في تنافس من أجل رتبة الإحسان الكامنة في النقاط التالية:

١ ـ ترك الغبن:

والمراد ألا يغبن من يعامله وألا ينتهز فرصة رغبته بالسلعة، فيزيد عليه، أو كأن يكون قليل المعرفة بالتجارة وملاحة السلعة، بل عليه أن يجعل إحسانه

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٢.
(٢) رواه مسلم.
(٣) رواه الطبراني.

ميزانه في التعامل وإن لم يكن هذا لازماً عليه عقداً، بل هو من باب الفضل منه والاحسان.

علماً بأن من قلّ ربحه كثرت معاملته واستفاد من تكررها ربحاً كثيراً، وبه تظهر البركة. وهذه سيرة السلف الصالح، فقد ورد أن الإمام علي رضي الله عنه كان يدور في سوق الكوفة بالدرّة ويقول: معاشر التجار خذوا الحق تسلموا، لا تردوا قليل الربح فتحرموا كثيره.

٢ ــ السهولة والتسامح:

ويندب الإحسان في الاستيفاء، سواء لجهة الثمن وسائر الديون، لقوله ﷺ: «رحم الله امرأً سهل البيع سهل الشراء سهل القضاء سهل الإقتضاء»(١).

٣ ــ الحسن في القضاء

ومن الإحسان أن يحسن المديون في القضاء، بأن يفي بالدين لصاحبه ودون أية مشقة عليه، لقوله ﷺ «خيركم أحسنكم قضاء»(٢).

٤ ــ قبول الإقالة:

ومن الإحسان أن يقبل من يستقيله، فإنه لا يستقيل إلا متندم مستضر بالبيع، ولا ينبغي أن يرضى لنفسه أن يكون سبب استضرار أخيه، لقوله ﷺ «من قال نادماً صفقته أقاله الله عثرته يوم القيامة»(٣).

٥ ــ مراعاة الفقراء في تجارته:

والمراد: أن يقصد في معاملته جماعة من الفقراء بالنسيئة، وهو عازم على ألا يطالبهم إن لم تظهر لهم ميسرة، وهذا ما كان في صالحي السلف من الأمة. فقد كان للواحد من هؤلاء دفتران، دفتر للحساب وآخر ترجمته

---

(١) رواه البخاري.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه الحاكم.

مجهولة فيه أسماء من لا يعرفه من الضعفاء والفقراء.

وكان التاجر يرى الفقير محتاجاً إلى كذا وكذا وليس معه ثمنـه، فيقول له خذه واقض ثمنه على الميسرة، يقول: خذ ما تريد فإن يسّر لك فاقض وإلا فأنت حلّ منه وسعة.

وقد اندرست هذه العادة الحسنة، والقائم بها محي لهذه السّنة.

٦ ــ ترك الثناء:

وعليه أن يترك الثناء على السلعة ولو كان في ثنائه غير كاذب.

٧ ــ عدم كتمان عيب فيها بعلمه:

وعليه أن يظهر جميع عيوب المبيع خفيها وجليها ولا يكتم منها شيئاً وهذا واجب، فإن أخفاه كان ظالماً غاشاً، والغش حرام [1].

هذه معالم عامّة، الإسلام حريص على التاجر المسلم أن يحافظ عليها وأن يكون من مميزاته وصفاته.

ولا شك أن هكذا صفات حسنية جـديرة أن تجعـل ممن يتحلى بها إنساناً مثالياً في أخذه وعطائه، في بيعه وشرائه، فتكمح جماح الطمع فيـه والحرص وتجعله سيّد نفسه وسيد دنياه. ويكون على بصيرة من سيادة لقمة العيش الحلال، والرزق الطيب يحرص على حـلّ الكسب وحلّ الانفـاق، وبهذا يضمن حياته من الغش والزور، وآخرته من ذلل القدم وهول المواقف.

□□□

(١) انظر احياء علوم الدين ج ٢/ ٨٠ وما بعدها.

أقسام البيوع

من ينظر إلى البيوع باعتبار البدلين فيها وإلى تحديدها فيجدها منقسمة إلى معنيين اثنين، معنى عام، ومعنى خاص.

أما المعنى الخاص فهو تمليك عين بدين.

وأما المعنى العام فهو معاوضة مال بمال تمليكاً وتملّكاً على سبيل التأبيد، ثم تنقسم بهذا الاعتبار ـ المعنى العام ـ إلى أقسام عدة حسب إضافتها.

تقسيم البيع بالمعنى العام:

ينقسم البيع المعنى العام إلى عدة أقسام، هي:

أولاً:
المقايضة

المقايضة من قايض، يقال: قايضه مقايضة، أي عارضه بمتاع.

ويقال: قوّض يقوّض، أي بدل ببدل.

فالمقايضة هي بيع السلعة بالسلعة؛ أو بيع العين بالعين، شرط ألا تكون واحدة منهما من النقود، وشرط أن تكون ناجزة ولذا عرفت بيع السلع الحاضرة بالسلع الحاضرة.

□□□

ثانياً:
عقد الصرافة

تعريف الصرافة:

عقد الصرافة وهو بيع الثمن بالثمن، وهو من أنواع البيوع باعتبار المبيع. والصرافة في اللغة: هي من الصرف، والصرف له عدة معان، التوبة والعدل والفدية والنافلة، والعدل: الفريضة والوزن والكيل والاكتساب.

ويقال: تصريف الآبار: أي تبينها.

وتصريف الدراهم والبياعات: أي انفاقها.

وتصريف الكلام: أي اشتقاق بعضه من بعض.

وتصريف الرياح: أي تحويلها من وجه إلى وجه.

وصرفت العدو، أي رددته ودفعته، ومنه في الدعاء: ربنا اصرف عنا كيد الكافرين، وقولك: صرف الله عنك السوء، أي أبعده ودفعه.

وصرفت المال: إذا أنفقته، وصرفت الذهب بالدراهم: أي بعته.

وسمي هذا النوع «صرفاً» لما فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما إلى صاحبه. ويقال: صيرفي وصرّاف وصيرف، بمعنى واحد.

والجمع صيارفة، والهاء للنسبة[1].

الصرافة في اصطلاح الفقهاء:

عرّف الحنفية هذا العقد فقالوا: الصرف اسم لنوع بيع، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض[2]، وعند البعض: الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان[3]. وعند البعض: هو بيع الأثمان ببعض[4].

---

(١) انظر: القاموس المحيط مادة صرف، وكذلك مختار الصحاح، المبسوط ج ١٤/٣.

(٢) المبسوط ج ١٤/٣.

(٣) الهداية ج ٣/٨١.

(٤) الاختيار ج ٢/٣٩، شرح منلا مسكين ج ٢/٤٤.

وعند أخرين: هو بيع الأثمان بعضها ببعض[1].

وهذه التعريفات كلها للحنفية، وأنه يلاحظ فيها: أن الصرف بيع، وأنه مبادلة واقعة على الأثمان بعضها ببعض، وكذلك الأمر هو عند بقية المذاهب. فذكر الشافعية عند الحديث عن الربا، فقالوا: بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره يسمى صرفاً[2].

وعند الحنابلة ذكر عند بيع الجنسين: وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد، ولا يجوز فيه نسيئة[3].

وعند المالكية: تحريم النسيئة إجماعاً في بيع الذهب بالفضة وهو الصرف[4].

وخلاصة الكلام فيه: أنه نوع من أنواع البيوع ينصب على بيع الأثمان بعضها ببعض، ومن اختلاف الجنسين، وكونهما من المال الربوي مع وجود الشروط المطلوبة في الصرافة، كالبر والشعير، وكذلك أمر التقابض وحرمة النسيئة.

تعريف صاحب الدر المختار وشرحه:

الصرف: هو بيع الثمن بالثمن.

قوله: «بيع» لأنه نوع من أنواع البيوع.

وقوله: «الثمن» أي ما خلق للثمينة ومنه المصوغ، فهو مما خلق للثمن وإن كان مصنعاً.

وقوله: «الثمن بالثمن» مطلقاً، أي سواء كانا من جنس واحد، كالفضة بالفضة، أو الذهب بالذهب، أو من جنسين مختلفين، كالذهب بالفضة وهكذا..»[5].

---

(١) الاختيار ج ٢/٣٩.
(٢) مغني المحتاج ج ٢/٢٥.
(٣) المغني ج ٤/١١.
(٤) أسهل المدارك ج ٢/٢٢٢، القوانين/٢١٤.
(٥) الحاشية، ج ٤/٢٣٤.

مشروعيته:

شرع هذا النوع من أنواع البيوع، وثبتت مشروعيته بما يلي:

١ ــ بعموم النصوص الدّالة على مشروعية البيع، كما في قوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾ [1] وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [2] وغيرها.

٢ ــ بالسنة النبوية، ومنها قوله ﷺ: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز» [3].

وبقوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة..... مثلاً بمثلا، يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى، والآخذ والمعطي فيه سواء» [4].

وبقوله ﷺ: لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن مثلاً بمثل سواء بسواء» [5].

وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء».

ووجهة الاستدلال: إفادة عموم النصوص على جواز بيع النقد بالنقد، وكذلك بقوله ﷺ: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب، فقال: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً» [6].

٣ ــ ويستدل على مشروعية هذا النوع من البيوع بحاجة الناس إليه،

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.
(٢) سورة المائدة، الآية: ١.
(٣) متفق عليه.
(٤) رواه أحمد والبخاري.
(٥) رواه أحمد ومسلم.
(٦) رواه البخاري، وانظر: نيل الأوطار ج ٥/٢١٩.

وحاجات الناس نزلت منزلة الضرورة للناس في التعامل.

شروط صحة عقد الصرافة:

لعقد الصرافة شروط عامة وشروط خاصة.

١ ـ **الشروط العامة** فهي الشروط الممثلة في شروط البيع بشكل عام من أهلية المتعاقدين، ومن الوسيلة التي تعتبر ذات دلالة واضحة على الرضا.

٢ ـ **الشروط الخاصة** يختص هذا النوع من البيوع بشروط معينة، هي:

(أ) ـ التقابض في المجلس، لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة... مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى والآخذ والمعطي فيه سواء»(١) ولقوله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء هاء».

وقد اتفق على أن الصرافة، والتي هي بين جنسين مختلفين لا يشترط فيها المساواة، ويشترط فيها التقابض يداً بيد.

وإن اتحد الجنسان، كالذهب بالذهب، والفضة بالفضة، فيشترط في صحته أمران اثنان، هما:

١ ـ المساواة فيما بينهما.
٢ ـ التقابض في المجلس.
وإذا اختلّ أمر منهما، فهو ربا.

ويدخل في هذه الأحكام ما يعتبر من الأموال الربوية، من المكيل والموزون وكما سنعرف فيما بعد عند الحديث عن الربا.

والحكمة من اشتراط التقابض، فضلاً عن ثبوت النصوص فيها. إنه من الجانب العقلي يقرر أن أحد العوضين ليس بأولى من الآخر بالقبض فيجب قبضهما معاً.

وللتقدّم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو «الربا».

---

(١) رواه أحمد والبخاري.

ولما كان مظنةً أن يقال: هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعلا معاً نسيئة، كان لا بـدّ شرعـاً من قبض أحد العـوضين كي لا يلزم الكالىء بالكالىء، أي الدّين بالدّين، فلو لم يقبض الآخر لزم الربا، بمـا قلنا.

وأيضاً: يلزم الترجيح بلا مرجح، لأنهما مستويان في معنى الثمنية فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الأولوية [١]. ولا تجزىء التخلية [٢].

وفي هذا نهيه ﷺ عن هذا وكما رُوي عـن ابن عمر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء» [٣].

والكالىء بالكالىء أي النسيئة بالنسيئة، أو الدّين بالدّين.

وهو دليل على عدم جواز بيع الدين بالدين، وهو إجماع كمـا حكاه أحمد [٤].

فهو عقد عبارة عن مبادلة الثمن بالثمن، والثمن يثبت في الذمّة ديناً في العقد، والدّين بالدين حرام.

وإذا انتفى اعتبـار الذمـة، كان لا بـدّ من التعيين، وهـو القبض في المجلس، ولما لم يكن أحد البدلين أولى من الآخر بالقبض، فاشترط القبض فيهما لهذا المعنى [٥].

(ب) ويشترط فيه أن يكون خالياً عن شرطي خيار الشرط وخيار الأجل لأن خيار الشرط مانعٌ من استحقاق القبض، ولأن خيار الأجـل يمنع قبض الواجب، فينتفي التقابض في المجلس، فلا يصح بـوجودهمـا، أو بوجـود إحداهما.

---

(١) فتح القدير ج ٥/ ٣٧٠.
(٢) نفس المرجع.
(٣) رواه الدارقطني.
(٤) المغني ج ٤/ ١٣.
(٥) نفس المرجع.

ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، فلو باع ديناراً بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً، فالبيع في الثوب فاسد لإستحقاق القبض بالعقد، حقاً لله تعالى، وفي تجويزه فوات هذا الحق[1].

□□□

ثالثاً:
عقد السّلم

عقد السلم هو بيع الدّين بالعين.

التعريف به:

السّلم في اللغة: السلف والاستعجال.

وفي الإصطلاح: هو اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمّن آجلاً[2] وعرّف: بيع الشيء على أن يكون ديناً على البائع بالشرائط المعتبرة[3].

أخذ عاجل بآجل:

وقد اختص هذا النوع من البيوع بهذا الاسم ـ السّلم ـ نظراً لإختصاصه بتعجيل الثمن، كإفراد بيع الثمن بالثمن باسم الصرف، مع أنه بيع، نظراً لتعجيل البدلين.

والسّلم عقد مشروع على خلاف القياس، لكونه بيعاً للمعدوم، والأصل في بيع المعدوم البطلان وعدم الجواز.

وإنما جاز السلم، وترك القياس، لأن الناس بحاجة إليه، ولأن أرباب الزروع والثمار والخضروات والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوّز لهم السّلم ليرتفقوا به ويسهل

(١) انظر: شرح منلا مسكين ج ٢/٤٤، بداية المجتهد ج ٢/٢١٣.
(٢) الاختيار ج ٢/٤.
(٣) شرح الكنز لمنلا مسكين ج ٢/٣٥.

عليهم الأمر[1].

مشروعيته:

شرع هذا النوع من البيوع بالكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب فكما في قوله تعالى: ﴿يا يها الذين آمنوا إذا تداينتم إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾[2] وفي الاستدلال بهذه الآية يقول ابن عباس رضي الله عنهما: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحلّه الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية»[3] ولأن هذا اللفظ يصلح للسَّلم ويشمله بعمومه[4].

وأما السنة فبما روي أن النبي ﷺ قد نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخّص في السلم».

وفي هذا دليل على أنه ﷺ قد جوّزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم، وهو عدم وجوده في ملكه، ولكن بطريقة إقامة الأجل مقام الوجود في ملكه رخصة، لأن بالوجود في ملكه يقدر على التسليم، وبالأصل كذلك، فإنه يقدر على التسليم، إما بالتكسّب في المدة أو بمجيء أوان الحصاد في الطعام.

وكذلك فيما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنّة والسنتين، فقال صلوات الله وسلامه عليه: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم وفي رواية: من أسلف فليسلف..»[5].

وأما الإجماع، فقد أجمع أهل العلم على جوازه[6]. وكان بهذا: أن

---

(١) انظر: المغني ج ٤/٣٠٤، المبسوط ج ٢/١٢٥، شرح الكنز ج ٢/٣٥.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) انظر: المبسوط ج ١٢/١٢٤، المغني ج ٤/٣٠٤.

(٤) نفس المرجع، نصب الراية ج ٤/٤٤.

(٥) متفق عليه.

(٦) المغني ج ٤/٣٠٥.

المثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمّة كالثمن وخاصة أن الناس بحاجة إلى مثل هذه المعاملة[1].

وإذا استقر الأمر على جوازه ومشروعيته، فإن هذا يقتضي وضعه ضمن شروط صحته وضوابطه.

شروط صحة عقد السّلم:

لصحة عقد السّلم يشترط له شروط عامة، وشروط خاصة. أما الشروط العّامة فهي شروط الانعقاد المطلوب توفرها في أصل عقد البيع. وأما الشروط الخاصّة فهي متعددة، وهي كما يلي:

أولاً ــ ما يشترط برأس المال (الثمن):

يشترط في الثمن أن يكون مقداره معلوماً بيّناً حتى لا يفضي إلى المنازعة ويشترط فيه القبض قبل الافتراق، لأن قبضه قبل الافتراق تعبير عن السّلم، وهو أخذ عاجل بآجل، فيجب قبض أحد البدلين ليتحقق معنى الاسم.

ولا يجب قبض المَسّلم فيه في الحال، فوجب قبض رأس المال[2].

وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

وأجاز مالك تأخيره إلى أيام قليلة ما لم يكن مشترطاً.

ويشترط فيه أيضاً ألاّ يكون باجتماعه مع المثمّن مشكلاً أحد وصفي

---

(١) ولما كان السلم بيع معلوم في الذمّة كان بيع غائب فإن لم يكن فيه أجل كان هو البيع المنهي عنه، وإنما استثني الشرع السّلم من بيع ما ليس عندك، لأنه بيع تدعو الضرورة إليه لكل واحد من المتبايعين، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمر، وصاحب الثمر يحتاج إلى ثمنه لينفقه عليه، فظهر أن صفقة السّلم من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء «بيع المحاويج» فإذا كان حالاً بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عندك فائدة» انظر: نصب الراية ج ٤/ ٤٥.

(٢) الحاشية ج ٤/ ٢١٨، الاختيار ج ٢/ ٣٨.

علة الربا لأنه آنذاك يصير ربا نسيئة، وهو محرّم.

فلا يصح إسلام الكيلي كالحنطة بالكيلي كالشعير، ولا ما يوزن بما يوزن، ولأنه عند اتحاد القدر أو الجنس، لا يصح التأجيل ولا التأخير وإلا حصل الربا لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»(١) وهو قول الأئمة الآخرين، وكلّ حسب منطلقه في اعتماد الربا(٢).

ثانياً ـ ما يشترط في المسلّم فيه:

المسلّم فيه هو المقابل للثمن، أي هو عين السّلم التي يتم عقد السّلم عليها.

وقد بحث السادة الفقهاء المسلَّم فيه من أكثر من جانب، بحثوا عنه من حيث الوجود والعدم، وبحثوا عنه من حيث النوع، وبحثوا عنه من حيث الصفات، وإلى ما هنالك مما علاقة بالمسلّم فيه. ونذكر منها أهم الخصائص المطلوبة، وهي:

١ ـ من حيث الوجود والعدم:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يشترط في جنس المسلّم فيه أن يكون موجوداً في حين العقد، وأجازوا العقد في غير وقت إبانه؛ ويمثل هذا الفريق كل من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم(٣).

وذهب الفريق الآخر إلى أنه لا يجوز السلم ولا يصح إلا في وقت الشيء المسلّم فيه وإبانه ويمثل هذا الفريق كل من الإمام أبي حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي(٤).

واحتج الفريق الأول بما يلي: أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار، السنة والسنتين، فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووجهة

---

(١) الحاشية، الاختيار وانظر: بداية المجتهد ج ٢/٢١٩، المغني ج ٤/٣٣١.

(٢) نفس المرجع.

(٣) بداية المجتهد ج ٢/٢٣٢، مغني المحتاج ج ٢/١٠٧، المغني ج ٤/٣٢٦.

(٤) المبسوط ج ١٢/٨٠، الاختيار ج ٢/٣٧.

الاستدلال:

(أ) أن النص لم يذكر فيه الوجود.

(ب) لو كان شرطاً لذكر فيه، ولنهيه ﷺ عن السلف سنتين، وخاصة أنه يلزم منه انقطاع المسلّم فيه أوساط السنة.

(ج) أنه يثبت في الذمّة ويوجد في محله غالباً فجاز السّلم فيه كالموجود[1].

واستدل الفريق الآخر بما يلي:

أن النبي ﷺ قال: «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها»[2] وإذا لم يكن المسلّم فيه موجوداً فإنه يتضمن الضرر، ويكون منه أكثر إذا لم يكن موجوداً حال العقد.

والحنفيون إذ يقررون هذا الشرط، يبنون أنه لابدّ من وجود المسلّم فيه من وقت العقد إلى وقت التسليم، لأن القدرة على التسليم، إنما تكون بالقدرة على الاكتساب في المدة، وفي مدة انقطاعه لا يقدر على ذلك، وربما أفضى إلى العجز عن التسليم وقت المحل، وهذا ما أشار إليه النص السابق.

ولذا فقد أقر الحنفية عقد السلم فيما هو موجود إبان العقد، ويبقى موجوداً إلى المحل، وفي حال تخلّف شيء من هذا الشرط، فلا يصح عقد السّلم، نظراً لما فيه من غرر مفضي عادة إلى التنازع[3].

٢ ـ من حيث ضبط صفة المسلّم فيه ومقداره:

ويشترط في المسلّم فيه أن يتمكن ضبطه من جهة الصفة والمقدار، وإلا فلا يصح، لأنه مجهول، والمجهول يؤدي إلى التنازع فيما بين الطرفين.

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٣٢، القوانين/٢٣٢، مغني المحتاج ج ٢/١٠٧، المغني ج ٤/٣٢٦.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه، انظر: نصب الراية ج ٤/٤٩.

(٣) شرح منلا مسكين ج ٢/٣٦، الاختيار ج ٢/٣٧، المبسوط ج ١٢/٨٠.

وهو شرط لا خلاف فيه بين العلماء، وإن اختلفوا في مدى ما يصدق عليه فأجمع الفقهاء على صحته في كل ما يوزن وما يكال، لما ثبت من النص ومفاده من الوزن والكيل المعلوم.

واتفقوا على عدم صحته فيما لا يثبت في الذمّة، ومثّلوا له بالدور والعقار. وأما ما سوى ذلك من العروض فقد اختلفوا فيه. فمنعه داود بناءً لظاهر النص.

وأجازه الجمهور في العروض ما من شأنه أن يضبط في صفته ومقداره، ثم اختلفوا في مدى ما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة، كالحيوانات مثلاً(١).

ومذهب الحنفية يقوم على عناصر عدة، وهي كما يصوّرها صاحب المبسوط. الأصل فيه: أن كل ما كان مضبوطاً بوصفه معلوماً بقدره موجوداً من وقت العقد إلى حين أجله يجوز السّلم فيه، وما لا فلا(٢).

فلا بدّ من ضبط الوصف والمقدار، فأجازوه في المكيلات والموزونات والمزروعات، والمعدودات المتقاربة كالجوز والبيض، لأنه يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره ومنعوه في العدديات المتفاوتة، كالبطيخ والرمّان وأشباههما.

وكذلك في كل مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه، إبعاداً للمنازعة التي لو وجدت لا يجوز السّلم، ولذا فهو ممنوع في الحيوانات كالبقر والغنم، لأنها عددية متفاوتة. وهو قول الثوري وقول في مذهب أحمد، ونقل عنه أنه لا يصح إلا فيما يكال ويوزن أو يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف فيه كالذرع.

وفي رواية أخرى الجواز لأن الضبط ممكن إما بالعدد في المتفاوت اليسير. وإما بالوزن فيما لا يتقارب وهو قول الجمهور(٣).

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢١٨، المغني ج ٤/٣٠٥.
(٢) المبسوط ج ١٢/٨٢.
(٣) المغني ج ٤/٣٤، مغني المحتاج ج ٢/١٠٧، القوانين/٢٣٠.

وخلاصة القول: أن الكل متفق على ضبطه صفة ومقداراً، إما بالكيل أو بالوزن أو العدد إذا لم يكن متفاوتاً التفاوت الكثير المفضي إلى المنازعة.

ويختلف الأمر في ضبطه من عصر إلى عصر، وفي عصرنا، التركيز على الوزن، وخاصة فيما كان يباع عداً من قبل من الفواكه والخضروات.

حكم السّلم في الحيوان:

ذهب الحنفية إلى منع السّلم في الحيوان، لكون شرط صحة السلم غير متوفر فيه. وهو قول الثوري، ورواية عن أحمد، وإن كان ظاهر المذهب الجواز.

ومنع السّلم في الحيوان رُوي عن جمع من الصحابة ومن بعدهم، مثل: عمرو وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي.

واستدل الحنفية لما ذهبوا إليه بالدليل النقلي والدليل العقلي.

أما الدليل النقلي فهو ما ورد أن النبي ﷺ «نهى عن السلم في الحيوان»[1] وبما رُوي عن إبراهيم النخعي قال: دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربة، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص[*]، فلما حلّت أخذ بعضاً وبقي بعض، فأعسر عتريس، وبلغه أن المال لعبد الله، فأتاه يسترفقه، فقال عبد الله: أفعل زيد؟ قال نعم، فأرسل إليه، فسأله، فقال عبد الله: اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان»[2].

وأما الدليل العقلي، فهو أن الضبط مشروط في السّلم، وفي الحيوان متعذّر لأنها ذات أعداد متفاوتة في الكبر والصغر واللون والسن؛ وصعب ضبط الصفة والمقدار فيه. فلا يوكل ولا يوزن، فلا تتحقق فيه شروط السّلم وهذا يؤدي عادة إلى التنازع، نظراً للجهالة الموجودة[3].

---

(١) أخرجه الحاكم، وقال: حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه.

(*) القلائص: هي الشواب من النوق، بمنزلة الجارية من النساء.

(٢) انظر: نصب الراية ج ٤/٤٦، المبسوط ج ٢/١٣٢.

(٣) الحاشية ج ٤/٢٠٤، نصب الراية ج ٤/٤٦.

وذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه وصحته، مستدلين بما روي عن أبي أنه قال: «استسلف(*) النبي ﷺ من رجل بكراً»(1) وبما رُوي عن عبد الله بن عمرو قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى مجيء الصدقة»(2).

وجهة الإستدلال: أنه وصف يثبت في الذمّة، وقيس على القرض السّلم، وعلى البكر غيره من سائر الحيوان.

وأنه إذا ثبت جواز الإستقراض ثبت جواز السّلم فيه بطريق الأولى، وزيادة عن كونه مبيعاً معلوماً مقدور التسليم، فجاز السّلم فيه كالثياب المكيل والموزون.

وعند القائلين به: فلا بدّ من التبيان فيه من جهة الجنس والنوع والصفة والسن، وكل ما يحتاجه إلى ضبطه، إبعاداً للنزاع حول حقيقته عند حلوله(3).

ثالثاً ــ ما يشترط في الأجل:

باعتبار تأخير تسليم المسلّم فيه في عقد السّلم فقد نظر الأجل، أدناه وأقصاه وتبيان تحديده، حتى لا يقع الطرفان في الاشكال وبالتالي إلى التنازع.

١ ــ ذهب الشافعية إلى أن اشتراط الأجل في السّلم غير لازم، فيصح آجلاً ويصح عاجلاً(4).

وذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط التأجيل لصحة عقده، وإلا فلا؛ وهو ما عليه الحنفية والمالكية والحنابلة وغيرهم(5).

(*) أي اقترض.

(١) رواه مسلم.

(٢) رواه أبو داود.

(٣) المغني ج ٤/٣٥، مغني المحتاج ج ٢/١١٠، القوانين/٢٣٠.

(٤) مغني المحتاج ج ٢/١٠٥.

(٥) المبسوط ج ١٢/١٢٧، الحاشية ج ٤/٢٠٦، المغني ج ٤/٣١٢، المغني ج ٤/٣٢١، القوانين/٢٣١.

واحتج القائلون بعدم اشتراط الأجل فيه: بأنه كما يصح العقد مؤجلاً يصح حالاً ولأنه إذا جاز مؤجلاً فحالاً أولى بالجواز، وخاصة أنه في بُعد عن الغرر[1]، واحتج الجمهور بما يلي:

(أ) بقوله ﷺ «من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ووجهة الاستدلال: أنه أمر بالأجل، والأمر يقتضي الوجوب، وأنه أمر بهذه الأمور تبياناً لشروط السّلم ومنعاً منه بدونها.

(ب) أن السّلم جاز رخصة للرفق ولا يحصل الرفق إلا بالأصل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، كالكتابة(*).

(ج) الحلول ينافي هذا العقد، في رسمه ومعناه، في اسمه فلا يسمى سلماً، لأن البيع يكون سلماً لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر.

وفي معناه: أن الناس بحاجة إليه، لأن أصحاب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على زروعهم وتجاراتهم، وهذا لا يتحقق إلا بوجود الأجل[2].

وردّ الشافعية على ما احتج به الجمهور، من قوله ﷺ «إلى أجل معلوم» بأنه لا يفيد إلا الزامية التحديد عند اشتراط الأجل، والمراد: إن كان لأجل فليكن معلوماً[3].

وقالوا: إن عقد السلم الحال إنما يصح إذا كان المسلّم فيه موجوداً عند العقد وإلا فيشترط فيه آنذاك الأجل.

وإن قيل لنا: ما الفائدة في هذا العقد واعتباره سلماً إذا كان حالاً، قلنا: إن هناك فائدة، وهي: جواز العقد مع غيبة المبيع، إذا لم يكن حاضراً

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/١٠٥.

(*) المراد بالكتابة: أي أن الرقيق يكاتبه سيده على تحرير نفسه بمقابل مبلغ يدفعه لمدة كذا.

(٢) المغني ج ٤/٣١٢، المبسوط ج ١٢/١٢٧.

(٣) نيل الأوطار ج ٥/٢٥٦.

مرئياً لا يصح بيعه، وإن أخّره إلى إحضاره ربما فات على المشتري ولا يتمكن من الانفساخ لتعلقه بالذمّة(١).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، نظراً لظاهر النصوص وللغاية من الترخيص في هذا العقد.

تحديد الأجل عند القائلين بشرطيته:

لما اشترط الأجل كان لا بدّ من تحديده، قليلاً كان أم كثيراً، كي لا يحصل التنازع والتنازع يؤدي إلى فساد العقد.

عند الحنفية كثرت الأقوال في أدنى مدة له، فقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم وقيل ينظر إلى الصرف في تأجيل مثله، وقيل يترك لتقدير المتعاقدين.

والمعتمد وهو ما عليه الفتوى أن أدناه شهر، وهو قول الآخرين من الفقهاء(٢).

وإذا كان الأجل مجهولاً كدون تحديد البتة، أو كان محدداً بالمناسبة كالحصاد وقدوم الحجاج، أو عند هبوب الريح أو نزول المطر، فهذه آجال غير محددة التحديد الذي يمنع المنازعة لكونها ذات جهالة كثيرة، وهي عادة مفضية إلى التنازع بين الطرفين، وهو منهي عنه شرعاً؛ وهذا ما عليه الجمهور سوى ما قاله المالكية بجواز التحديد بالمناسبة كالحصاد وقدوم الحجيج(٣).

رابعاً ــ مكان التسليم:

اختلف فيمابين الفقهاء حول اشتراطية مكان الإيفاء، فذهب كل من الإمام أحمد وصاحبي أبي حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي وغيرهم، إلى أنه ليس بشرط.

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/١٠٥.
(٢) المبسوط ج ١٢/١٢٧، شرح منلا مسكين ج ٢/٣٧، المغني ج ٤/٣١٠، القوانين/٢٣١.
(٣) القوانين/٢٣١.

وذهب البعض إلى شرطية المكان أي مكان الإيفاء وهو قول الثوري وقولٌ للشافعي. وقال الإمام مالك بأن التعيين هو الأحسن، وهذا لا يفيد الالزام.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى التفصيل، فقال:

١ ــ إن كان المسلم فيه لا حمل له ولا مؤنة، فلا يشترط بالاتفاق فيما بين الحنفية.

٢ ــ إن كان له حمل ومؤنة، فمذهب الإمام والاشتراط لمكان الإيفاء، وهو قولٌ للشافعية.

ولكون التسليم عنده واجب إذا حلّ الأجل؛ ولا يدري أين يكون حلوله فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قطعاً للمنازعة، والقيمة تختلف باختلاف الأماكن بخلاف البيع لأنه يوجب التسليم في الحال.

وعند صاحبيه: ليس بشرط، وتوفيته إياه تكون في مكان العقد، فمكان العقد متعيّن لعدم المزاحمة كما في البيع، وكما فيما لا حمل له.

وقالا: إنه إذا عينا موضعاً للإيفاء تعيّن الموضع ولزم، وإن لم يتعين الموضع يتعين موضع العقد للإيفاء.

وأما الإمام فيقول: إنه عند عدم التعيين يكون المكان مجهولاً، وهو يفضي إلى التنازع ولذا لا بدّ من الاشتراط، وخاصة إذا كان له حمل ومؤنة، لأن ماليته تختلف باختلاف مواضع التسليم.

وعند التعيين، سواء فيما له حمل ومؤنة أم لا، يلزمه، لأن لصاحب السّلم منفعة فيه، وهو سقوط خطر الطريق عنه، فيلتزم المسلّم إليه تسليم السلعة في المكان المعيّن، وإلا فهو ضامن لخطرها[1].

وأما القائلون بعدم الشرطية، وهم الأكثر، فقد استدلوا بنص حديث السلم حيث لم يذكر فيه مكان الإيفاء، وأن هذا يدل على عدم اشتراطه.

---

(١) المبسوط ج ١٢/٧٨، الاختيار ج ٢/٣٥، الحاشية ج ٤/٢٠٧.

وكذلك استدلوا بالحديث الذي فيه اليهودي الذي أسلم إلى النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: «أما من حائط بني فلان ولكن بكيل مسمى إلى أجل مسمى».

ووجهة الإستدلال: أنه لم يذكر مكان الإيفاء. وكذلك بكونه عقد معاوضة، فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبيوع الأعيان[1].

مسائل:

١ ــ بيع المسلّم فيه قبل قبضه لا يجوز، ولا خلاف فيه، لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه[2].

٢ ــ الإعتياض عند المسلم فيه بغير جنسه. لا يجوز الإعتياض عن المسلّم فيه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره».

٣ ــ عند فساد السلم وجب رد رأس المال من قبل المسلّم إليه إلى رب السلم[3].

□□□

رابعاً:
البيع المطلق

البيع المطلق هو بيع السلع بالثمن.
والبيع في اللغة من حيث الاشتقاق هو من باع يبيع بيعاً.
ولفظة باع وشرى واشترى من الألفاظ الأضداد، أي تطلق على معناها

---

(١) المغني ج ٣٣٣/٤، مغني المحتاج ج ١٠٤/٢، القوانين/٢٣٢، بداية المجتهد ج ٢٣١/٢.
(٢) نفس المرجع.
(٣) انظر: العقود الدرية ج ١/باب السلم.

وعلى ضده. وكما في الحديث الشريف «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه»[1] أي لا يشتري على شراء أخيه؛ فالنهي وارد على المشتري لا على البائع.

ومن هذا القبيل قوله تعالى: ﴿وكان وراءهم ملك﴾[2]، أي قدّامهم. وكذلك قوله تعالى: ﴿ومن الناس من يشتري نفسه ابتغاء مرضاة الله﴾[3]، أي يبيعها. وقوله سبحانه: ﴿وشروه بثمن بخس﴾[4]، أي باعوه.

فكل من لفظتي البيع والشراء يطلقان على بعضهما البعض، فيطلق كل منهما على الآخر وكذلك الأمر في اسم الفاعل منهما (البائع)، إلا أن الذي يتبادر إلى الذهن بأنه ــ البائع ــ باذل السلعة.

وأما معنى البيع لغة: مطلق المبادلة، أي أية مبادلة، سواء في المال أو في غيره. وكذلك الشراء؛ وفي هذا قوله تعالى: ﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعداً عليه حقاً في التوراة والإنجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم﴾[5].

وقوله تعالى: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين﴾[6].

فمن حيث اللغة، فأية مبادلة هي بيع وشراء، وسواء كان مالاً أو غير مال ــ البيع ــ في مصطلح الفقهاء.

عرّف الحنفية البيع بتعريفات عدة، منها:

---

(١) متفق عليه.
(٢) سورة الكهف، الآية: ٧٩.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٠٧.
(٤) سورة يوسف، الآية: ٢٠.
(٥) سورة التوبة، الآية: ١١١.
(٦) سورة البقرة، الآية: ١٦.

(أ) «هو مبادلة المال بالمال».
(ب) «مبادلة المال بالمال بالتراضي».
(ج) «مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص».

وفي التعريف الثاني: قيد التراضي ينافي وجود كذا نوع من العقود، مع أنها مفتقرة للرضى، كالبيع بالإكراه، فهو بيع ولا تراضي فيه، وكذلك الموقوف، كبيع الصبي والمحجور، ولا رضا معتبر.

ولذا فقد علّق ابن الهمّام على هذا القيد، واعتبر مفهوم البيع شرعاً: ما تعلق بالبدلين من المتخاطبين، أو ما يقوم مقامهما الدّال على الرضا بتبادل الملك فيهما قال: وهذا مفهوم الاسم شرعاً» حيث يتكلم عن ركنية البيع، لأن البيع يوجد بالركنية.

وقال حول الرضا: وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون، وإن قال: بعت أو اشتريت فهي أمارة على الرضا، وليست علة لثبوت الرضا.

فقد يتحقق البيع ولا رضا، كما يتحقق الغيم ولا مطر، فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رَضا، كما في بيع المكره[1].

قال: وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهـوم البيع الشرعي، بل شرط ثبوت حكمه شرعاً[2].

وبيّن هذا ابن عابدين، فقال: أي لأنه لو كان جزء مفهومه شرعاً لزم أن يكون بيع المكره باطلاً، وليس كذلك، بل هو فاسد[3]. أي أن البيع موجودٌ وإن كان فاسداً، وعلى هذا لا يتوقف وجود البيع على الرضا؛ ولأن التعريف بحقيقة وجوده شامل للفاسد، وبسائر أنواعه، إن توقف حكمه على القبض.

ولكن إذا حمل التعريف المقيّد بالتراضي على البيوع النافذة، فهو في

---

(١) فتح القدير ج ٢٤٨/٦.
(٢) نفس المرجع.
(٣) الحاشية ج ٣/٤.

مكـانه، وإلا فـلا. وهذا مـا ردّ به عنـد القائلين بـه والمريـدين بـه البيـع المخصوص، وهو الصحيح النافذ. أما التعريف الآخر، فـإنه يحمـل على الأعم، من أن يكون نافذاً أم لا.

شرح التعريف الثالث:

قوله «شيء مرغوب فيه» أي ما من شأنه أن ترغب إليه النفس، وهو المال، وخرج ما لا ترغب فيه النفس، كالتراب والميتة والدم، فهي ليست مالاً.

وقوله «على وجه مخصوص» أي ما كان بإيجاب أو تقـاضي، فخرج التبرع من الجانبين والهبة، فهو قيد يفيد إبعاد ما لا إيجاب فيه ولا تعاطي.

وعرّفه الشافعية بالمقابلة المالية على وجه الاثبات والايجاب، فقالوا: هو مقابلة المال بالمال على وجه مخصوص»(١).

وعرّف عند البعض بأوسع من هذا «عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة»(٢).

شرحه: قوله «عقد» قيد يخرج به المعاطاة..

و «معاوضة» قيد يخرج به نحو: الهبة والهدية وكل ما لا عوض فيه، و«مالية» قيد يخرج به النكاح.

و «تفيد ملك عين» قيد يخرج به الاجارة، وكل ما هو من المنافع لا الأعيان. و «أو منفعة على التأبيد» قيد يدخل فيه كل منفعة، على التأبيد، كحق المرور، ولا تدخل فيه الاجارة، لكونها على منفعة مؤقتة لا مؤبدة.

و «لا على وجه القربة» قيد يفيد إخراج القرض ونحوه(٣).

وقالوا في هذا التعريف، بأنه أولى من التعريف الأول، ولكنه تعريف مطوّل ومما يتميز به التعريف، الاقتصار على ما يفيد مضمون وجود الشيء

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/ ٢٠.

(٢) قيلوبي وعميرة ج ٢/ ١٥٢.

(٣) نفس المرجع.

بأقل ما يكون من الكلام.

وعرّفه الحنابلة بالمبادلة المالية التي تفيد التمليك والتملّك، فقالوا: هو مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً»[1].

وكذلك المالكية، فقالوا: هو مبادلة مال بمال مع إيجاب وقبول.

وكما تلاحظ من خلال ما عرّف به عقد البيع لدى الفقهاء، فهو ينصب على كنه المعقود عليه، والمتبادل بين المتبايعين، وكذلك على وجه يخرج عنه كل بذل مال دون مقابل، وبطريقة تلزم كلاً من الطرفين بمضمون العقد وذلك عن طريق وسيلة التعاقد المتّبعة في العقول اللازمة، والتي لا تأقيت فيها، سوى ما يدخل عليها من خيارات مشروعة.

وإنما هناك موضع اختلافي فيما بينهم، وهو كنه المال ومفهومه لديهم. وقد تقدّم شرح مفهوم المال.

مشروعية البيع

البيع مشروع وجائز، ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنّة والإجماع أما الكتّاب فكما في قوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿واشهدوا إذا تبايعتم﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[4]. وقوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾[5].

وأما السنة فهي كثيرة، منها قوله ﷺ: «إن التجار يبعثون يوم القيامة فجّاراً إلا من صدق»[6]، وقوله ﷺ: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين

(١) المغني ج ٣/٥٦٠.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٥.
(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٩٢.
(٤) سورة النساء، الآية: ٢٩.
(٥) سورة البقرة، الآية: ١٩٧.
(٦) رواه الترمذي، حسن صحيح.

والصديقين والشهداء»[١]، وقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[٢].

ومشروعية البيع مطابقة لحكمة التشريع، لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض؛ وفي مشروعية البيع شرع الطريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته[٣].

ومما لا ينكر: أن الله سبحانه خلق العالم على أتم نظام، وأحكم أمر معاشه أحسن إحكام ولا يتم ذلك إلا بالبيع والشراء، ولا يقدر أحد أن يعمل لنفسه كل ما يحتاجه لأنه إذا اشتغل بحرث اشتغل بيده ما يحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصاد ونحوه. فضلاً عن اشتغاله فيما يحتاجه من ملبس ومسكن، فاضطر إلى شراء ذلك، ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر أو بالسؤال، إن أمكن وإلا قاتل صاحبه عليه، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم وأن يستمر في سلام وأمن وأمان[٤].

والبيع هو معاوضة مال بمال، وهو أليق بأحوال أشكال الخلق من الرجال والنساء، إذ المعطي والآخذ محتاج، واللائق بحال المحتاج أن يتصرف على حسب حاجته فلا يليق به الإعطاء بلا عوض، إنما يليق هذا بمن يكون الغنى له، وهو الله الغني ونحن الفقراء.

فالمعاوضة أحسن وجوه المعاملة، فإن صيانة أخيه عن أعباء منته والإعطاء بلا عوض إدخال حر مثله تحت رق إحسانه، كما قيل: الإنسان عبد الإحسان.

فالبيع اشتمل على مصلحة ألطف مطلوبة، والتحامي على رق مثله ظن الناس أن الإحسان في الإعطاء بلا عوض، وفيه أخذ أفضل الأعواض، وهو ادخال رقيته تحت رق إنعامه.

---

(١) رواه الترمذي.
(٢) متفق عليه.
(٣) المغني ج ٣/٥٦٠.
(٤) الحاشية ج ٤/٦.

فالله تعالى منّ على عباده بشرع البيع، ففائدة البيع تعم البلاد والعباد وتدفع الفساد، فالبائع يمضي بسلعته إلى الداني والقاصي طلباً لمرامه من الربح والمشتري يظفر بمقصوده من غير مفارقة معهودة، فيحصل به عمارة البلاد ومقاصد العباد.

ومن محاسن البيع وفوائده: أنه لو لم يكن في البيع إلا إبعاد المنازعة والاختطاف بالمسارعة لكان حسناً كافياً ولطفاً وافياً، فإن المحتاج إلى ما في يد غيره إذا لم يجد سبيلاً إليه بالمعاوضة لتسارع إلى السلب، ومن في يده يميل إلى الدفع فيقتتلان ويظهر في الأرض الفساد، فكان في البياعات إطفاء ثائرة النزاع الذي هو سبب للفناء، فكان البيع سبباً للبقاء، وأي حسن أظهر مما هو البقاء، إذ البقاء هو المطلوب ليظفر به على المرغوب.

ومن محاسن البيع أن الله تعالى علّق حوائج العباد وجميع مصالحهم بما ليس في عينه شيء من مصالح البقاء، وهو الذهب والفضة، ولا تتعلق بهما مصلحة البقاء، فإن البقاء بالمأكول والمشروب والملبوس، ولا يحصل بالذهب والفضة بعينهما شيء من هذه المصالح، فالمشتري يأخذ ما يصلح به البقاء ويدفع ما لا يتعلق به بقاؤه، وأرضى الله تعالى البائع بذلك، سبحان اللطيف الرؤوف دفع حاجات العبيد بحاجات العبيد.

ومن أحسن النظر وأمعن الفكر رأى ببصر قلبه أن الأمر كلّه لله يولد في القلوب الهمم ويوصل إلى عباده النعم وينفذ الحكم ويظهر القسم[1].

أركان عقد البيع:

أركان عقد البيع هي ما لا يوجد العقد إلا بها، وكذلك سائر العقود، وهي:

---

(١) انظر: محاسن الإسلام (كتاب البيوع)/ ٧٩ بتصرف.

١ ــ أن يكون كلٌ من المتعاقدين أهلًا للتعاقد، وهو المجاز فما فوق من البلوغ والعقل.

٢ ــ أن يكون الشيء المعقود عليه مباحاً العقد عليه؛ وخرج غير المباح كالميتة ولحم الخنزير.

ويشترط فيه: أن يكون مملوكاً، لأن البيع تمليك، فلا ينعقد على ما لا ملكية فيه، كالكلأ وماء النهر، ما لم يوجد الإحراز، وكذلك في بيع صيد لم يوجد في جوزته، كما يشترط فيه: أن يكون مملوكاً للبائع عند البيع، وإلا فلا ينعقد وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه، وباستثناء السلم.

وفي هذا ما ثبت عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم».

وما رُوي أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «لا تبع ما ليس عندك».

ووجهة الإستدلال: أن بيع ما ليس عنده عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة، وأنه محال، سوى ما يبيعه بالنيابة عن غيره أو بالوكالة[1].

٣ ــ أن تكون وسيلة التعاقد المشروعة موجودة في العقد، كالصيغة في الكلام أو في الكتاب، أو وسيلة التعاطي، أو غيرها من سائل التعاقد المعتبرة أمارة على الرضا.

شروط صحة عقد البيع:

فإذا كان مفهوم الركن، أن الشيء لا يوجد إلا به، وأن افتقاده في العقد يؤدي إلى عدم وجود العقد، وبالتالي إلى الحكم عليه بالبطلان، والذي لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقود.

فإن مفهوم الشرط ومراده في عقد البيع يختلف عنه وإن كان افتقاده

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ج ١٣٨/٥، فتح القدير ج ٤١٠/٦، السغني ج ٢٢٢/٤.

يؤدي إلى الحكم عليه ــ العقد ــ بالفساد، والذي تميزت أحكامه عن كل من العقد الباطل والعقد الصحيح.

وشرط الصحة: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا يكون داخلاً في ذاته.

أما الركن: فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون داخلاً في ذاته.

ولذا توقف وجود الشيء على الركنية ولم يتوقف على الشرط، لأن علاقة الشرط كامنة في الوصف لا في الذات، وفقدان ما علاقته بالذات يؤدي إلى البطلان، وأما فقدان ما علاقته بالوصف يؤدي إلى الفساد، أي أن العقد موجود، لوجود أركانه، لكنه فاسد لفقدانه وصفاً من أوصافه.

شروط صحة البيع:

يشترط لصحة عقد البيع ما يلي:

١ ــ أن يوجد كل ما يعتبر من الأركان وشرائطها، وكما تقدم.

٢ ــ معلومية المبيع:

والمراد: العلم بالمبيع بحيث يمنع من المنازعة فيما بين الطرفين، ولأن المبيع إذا لم يكن معلوماً لدى المشتري، وُجدت الجهالة، والجهالة مدعاة إلى التنازع، وبالتالي فلا يكون البيع صحيحاً؛ إلا إذا كانت الجهالة جهالة يسيرة أو صغرى، وهي ما لا تفضي إلى المنازعة غالباً.

فمثلاً: أن يبيع شخص إلى آخر ثوباً من بالة، أو سيارة من عدة سيارات أو شاة من قطيع، فإن البالة تحتوي أثواباً متفاوتة، وكذلك في السيارات والقطيع، وهذه جهالة غالباً تؤدي إلى التنازع.

وحتى يصح البيع فلا بدّ من التعيين في كلها، وبحيث تكون معرفة الشيء المباع معرفة واضحة معلومة لدى المشتري.

٣ ــ معلومية الثمن:

وكما يشترط العلم بالمبيع، فكذلك يشترط العلم بالثمن، بحيث يكون

معلوماً علماً يمنع المنازعة، كأن يحدّد: مائة ألف ليرة لبنانية، أو مائة دينار كويتي، أو مائة غرام من ذهب أو فضة، وبعيار محدد، وهكذا..

٤ ــ التأبيد:

ويتشرط لصحة البيع التأبيد في العقد ولا تأقيت في البيع، وهذا في الأعيان لأن البيع يقتضي الملكية التامة في العين.

وأما الثمن فيصح التأجيل فيه، لأنه دينٌ، والدّين وصف متعلق بالذمّة وهو يقبل التوقيت.

وخرج عن هذه الصحة بيوعٌ مشترطة فيها القبض، كالصرف، فإنه لا يصح فيه التأقيت في أي من البدلين، بل لا بدّ من التقابض في المجلس، وكذلك السلم لاشتراط دفع السلم مقدماً.

٥ ــ معلومية الأجل:

وهذا الشرط فيما إذا كان ثمن المبيع مؤجلاً، فحتى لا يفسد البيع يجب أن يكون وقت أدائه معنياً لا جهالة فيه مفضية إلى التنازع.

فمن باع سلعة بثمن مؤجل إلى مناسبة غير محددة، كموسم الحج أو الحصاد فهي ذات جهالة مفضية إلى التنازع.

بخلاف من اشترى سلعة بثمن مؤجل إلى أول شهر محدد أو أي تاريخ منه؛ فالأجل هنا محدّد معلومٌ لا نزاع فيه، فهو صحيح.

٦ ــ القدرة على التسليم:

والمراد أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم من غير ضرر يلحق بالبائع ولو لم يكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع فالبيع فاسد. كمن يبيع حجراً في حائط أو جذعاً في سقف. لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع، وهذا فيه ضرر بالبائع، والضرر غير مستحق بالعقد، فكان على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً، وهو فاسد، فإن نزعه البائع أو قطعه وسلّمه للمشتري قبل الفسخ جاز البيع وصح، ويجبر المشتري على أخذه لأن المانع

يعود على البائع لا عليه.

وأما القدرة على التسليم عقب العقد، والذي هو شرط من شروط الانعقاد، كمن يبيع شاة قد ضلّت أو طيراً قد تفلّت من يده، فلا ينعقد العقد، لأنه غير مقدور التسليم وإن كان يملكه، وبعدم القدرة على التسليم لا فائدة من العقد، وفي حصول القدرة على تسليمه بعد ذلك شك واحتمال، قد يحصل وقد لا يحصل، وما لم يكن منعقداً بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل المعهود، وأنه ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت بالشك والاحتمال.

وهو مفهوم مطابق لنهي النبي ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، وهذا بيع فيه غرر، لأنه غير مقدور التسليم[1].

٧ ـ سلامة الرضا:

ومن شروط صحة البيع سلامة الرضا، لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[2].

والأصل في الرضا أن يكون من أركان العقد، وأن افتقاده يؤدي إلى البطلان، لا كما هو افتقاد الشرط، والذي علاقته بالوصف.

وعبارة الايجاب والقبول دالّة على الرضا، فإذا حصل ما يفصل بينهما، أي أن توجد العبارة ولا يوجد الرضا، فقد وقع العقد فاسداً، ومثال البيع بالإكراه، فإن الدلالة موجودة دون المدلول عليه، أي الرضا. ولذا كانت سلامة الرضا شرطاً من شروط الصحة.

٨ ـ تقوّم الثمن:

تقوّم الثمن شرط من شروط صحة البيع وتقوّمه ليس كتقوم العين المقصود عليها فإن فقدانها يفضي إلى بطلان العقد، أما هنا فليس كذلك.

---

(١) انظر: فتح القدير ج ٦/٤٠٩، بدائع الصنائع ج ٦/١٣٦، المغني ج ٤/٢٢١.
(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

فمن باع سلعة بخمر مثلاً، فهو وإن كان غير مال عندنا وغير مقوّم، فإنه عند البعض، كالنصارى، يعتبر ملاً.

فالبيع هنا فاسد، وبخلاف بيع السلعة بميتة أو دم، فالبيع باطل، لأن المقابل ليس مالاً أصلاً، وعند الكل فلا يوجد البيع.

فإذا صحح العقد، وتغيّرالثمن إلى شيء مباح شرعاً، فالعقد صحيح، وإلا فهو فاسد.

٩ ــ انتفاء الغرر:

ويعنى به: أن كل ما كان من شأنه الغرر يشكّل الفساد في العقد، ومنه: بيع الحمل في بطن الشاة، وبيع نتاجه، وقد ثبت أنه ﷺ «نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل» ونهيه عنه لوجود الغرر، فربما لا تلد الحامل أو تموت قبل ذلك؛ والغرر هو الخطر الذي لا يبدو أيكون أم لا؟ كبيع السمك في الماء والطير في الهواء واللبن في الضرع،

١٠ ــ انتفاء كل ما يؤدي وجوده إلى فساد العقد.

١١ ــ الخلو عن الشروط الفاسدة.

١٢ ــ الخلو عن الربا.

□□□

أقسام البيع المطلق

ينقسم البيع المطلق إلى أقسام عدة، حسب اضافته.

القسم الأول ـ تقسيمه بالنظر إلى انعقاده:

ينقسم إلى ثلاثة أنواع، هي:

النوع الأول ـ البيع الصحيح:

البيع الصحيح هو البيع الذي توفرت فيه سائر شروط الانعقاد وسائر شروط الصحة.

النوع الثاني ـ البيع الفاسد:

البيع الفاسد هو البيع الذي شرع بأصله دون وصفه.

والمراد: أن تتوفر فيه سائر شروط الانعقاد دون توفر سائر شروط الصحة.

ومثله: البيع الذي جهل فيه مقدار الثمن، أو أنه كان غير مقدور التسليم أو أن يفتقد أي شرط من شروط صحته، العامة كما مر، والخاصة، كأن لا يتقابضا في المجلس بالنسبة لعقد الصرافة.

النوع الثالث ـ البيع الباطل:

البيع الباطل هو البيع الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه.

والمراد به: ألا تتوفر فيه شروط الانعقاد وسواء وجدت شروط صحته أو أنها لم توجد.

ومثاله: باع أو اشترى ما هو محرّم لذاته، كالخنزير والميتة، فإنه بيع باطل لأن إباحة المعقود عليه شرط من شروط الانعقاد.

القسم الثاني ـ تقسيمه بالنظر إلى نفاذه وعدم نفاذه:

وينقسم بالنظر إلى هذا الاعتبار إلى:

١ ـ بيع نافذ، وهو البيع الصحيح الصادر عمن له حق الولاية وإبرام العقد.

٢ ـ بيع موقوف، وهو البيع الصحيح الصادر عمن لا ولاية له.

ومثاله: بيع الصغير المميز، فإنه منعقد صحيح لكنه لا ينفذ إلا بإجازة الولي، وكذلك بيع الفضولي.

القسم الثالث ـ تقسيمه بالنظر إلى بيع لازم وغير لازم:

وينقسم بالنظر إلى هذا الاعتبار إلى:

١ ـ بيع لازم، وهو البيع الصحيح النافذ الذي لا خيار فيه.

٢ ـ بيع غير لازم، وهو البيع الصحيح النافذ الذي تضمن أحد الخيارات التي تمنع العقد من اللزوم.

مثال: اشترى واشترط له الخيار مدة ثلاثة أيام فإنه بيع صحيح نافذ، لكنه غير لازم، بمعنى أنه لمن اشترط الخيار الحق في خلال المدة أن يفسخ العقد أو أن يرده، فلا يلزمه البيع خلال هذه المدة المشترطة.

القسم الرابع ـ تقسيمه بالنظر إلى طريقة تحديد البيع:

وينقسم بالنظر إلى هذا الاعتبار إلى:

١ ـ بيع عادي، وهو البيع الذي يتم فيه تحديد المبيع بالوصف أو بالرؤية أو بالتعيين، ويثبت فيه خياراتها.

٢ ـ بيع العينة[١]: وهو البيع الذي يتم فيه تحديد المبيع على أساس مطابقته للانموذج.

٣ ـ بيع التجربة: هو البيع الذي يتم فيه تحديد المبيع على التجربة.

٤ ـ بيع المذاق: هو البيع الذي يتم فيه تحديد المبيع عن طريق مذاق عدة أصناف واختيار المبيع منها على ساس مذاقه.

(١) يراد بالعينة هنا: الأنموذج، ا نظر: معجم لغة الفقهاء (عينه).

القسم الخامس ـ تقسيم البيع بالنظر إلى الحكم:

وينقسم بالنظر إلى هذا الاعتبار إلى ما يلي:

١ ـ بيع صحيح نافذ: وهو ما يفيد التمليك والتملّك عند العقد.

٢ ـ بيع موقوف: وهو ما يفيد الملك عند إجازة الولي.

٣ ـ بيع فاسد: وهو ما يفيد الملك عند القبض، ويطلب فيه الفسخ.

٤ ـ بيع باطل: وهو ما لا يفيد الملك أصلاً.

القسم السادس ـ تقسيمه بالنظر إلى البتّ فيه وعدم البت:

وينقسم بالنظر إلى هذا الاعتبار إلى:

١ ـ بيع بات: وهو البيع الخالي عن كل ما يخلّ به، ويفيد الملكية بصورة بتّية.

٢ ـ بيع وفاء: وهو بيع السلعة للمشتري بما له من الدّين، على أنه متى قضاه الدين عادت إليه السلعة[١].

وهذا النوع من البيوع يعتبر من باب البيوع الفاسدة، وله تسميات عدة، وهو بيع الوفاء كما مرّ، وهو بيع الأمانة، لكون السلعة أمانة عنده، وهو بيع الاطاعة، أي الانقياد، لكون الدائن يأمر مدينه بيع داره بالدّين الذي عليه، فيطيعه، فصار معناه بيع الانقياد.

وهذا البيع اعتبر كالرهن في الحكم، فلا يصح للدائن ملكه، ولا الإنتفاع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه. وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق بينه وبين الرهن[٢].

قال صاحب تنقيح الفتاوى الحامدية: نعم ولا ريب في أن بيع الوفاء حكمه حكم الرهن في جميع الأحكام على ما عليه الأكثر كما في الخيرية والحاوي الزاهدي، وهو الصحيح كما في جواهر الفتاوى[٣].

---

(١) الحاشية ج ٤/٢٤٦.

(٢) نفس المرجع.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١/٢٤١.

تقسيم البيع بالنسبة لتسمية البدل

ينقسم البيع بالنسبة لتسمية البدل إلى أربعة، هي:

١ ـ بيع المساومة:

وهو الذي يقع باتفاق من البائع المشتري على الثمن بدون أن يذكر البائع الثمن الذي اشترى به ذلك المال. كأن يبيع أحدٌ لآخر ثوب قماش بألف ليرة دون أن يذكر للمشتري القيمة التي كان دفعها ثمناً لذلك القماش.

٢ ـ بيع المرابحة:

المرابحة مصدر رابح، يقال: أربحه على سلعته إذا أعطاه ربحاً(١).

وأما في الإصطلاح: هي بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل(٢).

شرح التعريف: قوله «ما ملكه» قيد يفيد دخول أي ملك هو له، وبقطع النظر عن طريقة تملكه، فيدخل فيه المملوك بالشراء وبالهبة وبالميراث وبالوصية، وقوله: «بما قام عليه وبفضل» قيد يفيد أن ما يصرفه عليه كأجرة قصار أو دهان فكلّه مؤنة له، ويعتبر بما قام عليه.

والفضل الزيادة، وهي الربح والذي تكون فيه المرابحة: إذا كا ن قيد التعريف بماقام عليه هو الأضبط، لأنه لو قال بثمنه، فلا تدخل فيه الكلفة والأجرة، وغير ذلك مما يخسر عليه؛ ولهذا: فالمرابحة تكون فضلاً عن القيمة لا عن الثمن(٣).

والمرابحة بيع جائز؛ والدليل على جوازه، ما يلي:

١ ـ استجماع شرائط الجواز.

٢ ـ تعامل الناس من غير نكير.

٣ ـ الحاجة الماسّة إليه، لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة

---

(١) مختار الصحاح مادة ربح.

(٢) الحاشية ج ٤/١٥٢.

(٣) نفس المرجع.

والصفة يحتاج إلى من يعتمد على فعل الذكي المهتدي، وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح[1].

٣ ـ بيع التولية:

بيع التولية هو بيعٌ بما قام عليه، أي دون ربح، لكن يشمل الثمن الأول وما أنفقه عليه، كأجرة الدهن أو القصار أو أجرة الغسل، ونحوه.

وهو بيع جائز، والدليل على جوازه، هو نفسه ما تقدّم في شأن المرابحة.

وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين، فقال له النبي ﷺ: «ولني أحدهما، فقال: هو لك بغير شيء، فقال ﷺ: أما بغير ثمن فلا»[2].

وفي البخاري عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها، وفيه: أن أبا بكر رضي الله عنه قال للنبي ﷺ: خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله، إحدى راحلتي هاتين، فقال عليه الصلاة والسلام: «بالثمن»[3].

ويلاحظ: أن شروط البيع المطلق موجود في هذين البيعين، ولذا فهما ليسا بحاجة إلى أدلة لمشروعيتهما، لأنهما بيع، وقد توفرت سائر الشروط المطلوبة لصحتهما.

وكل ما في الأمر أن مبنى هذين النوعين من البيوع على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها.

أجرة السمسار:

السمسار هو الدّال على مكان السلعة وصاحبها

وفي اللغة: لا فرق بين الدلّال والسمسار، ولكن الفقهاء: فرّقوا بينهما

(١) الهداية بشرح العناية ج ٤٩٦/٦.
(٢) حديث غريب.
(٣) انظر: نصب الراية ج ٣١/٤.

فقالوا: السمسار: هو الدال على مكان السلعة وصاحبها.

والدلّال: هو المصاحب للسلعة غالباً[1].

وعند فقهاء لا فرق بينهما، فحيث تطلق يراد بهما السمسار ويراد بها الدلال، وتضم أجرة السمسار إن كانت مشروطة، وعند أكثرهم لا تضم.

وأما أجرة الدلّال فتضم إن كانت مشروطة، وإلا فلا تضم بالإجماع.
وعلق ابن عابدين على هذا فقال: هو تسامح لفظي، أجرة الأول تضم في ظاهر الرواية، وفي الدلّال قيل لا تضم، والمرجع العرف كذا في فتح القدير[2].

حكم السمسرة:

اختلف الفقهاء في حكمها، فذهب الحنابلة إلى جوازها، وهو قول جمع من السلف الصالح، كابن عباس وابن سيرين وعطاء وإبراهيم والحسن.

وقال الحنابلة: إن كان كل من الزمن والعمل محدداً فهو جائز.
وإن حدّد العمل فقط، كأن يقول له: كلما اشتريت ثوباً فلك درهمُ أجراً، وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدّرة بثمن جاز.

وكما يجوز الاستئجار على مدة زمنية معينة، ولا فرق بين جواز الاستئجار بتقدير الزمن وجواز الاستئجار بتقدير العمل.

وذهب جمهور العلماء إلى منع السمسرة فيما عدا العمل المعلوم، كتحديد العمل من الساعة ٨ صباحاً إلى الساعة ١٢ ظهراً، مثلاً، وأنه إذا كانت السمسرة على النسبة، مثل ٥٪ على بيع القطعة أو شرائها، فهذا غير جائز.

---

(١) الحاشية ج ١٥٥/٤.
(٢) انظر ما يلي: المغني ج ٤٦٦/٥، فتح الباري ج ١٥٢/٤، المبسوط ج ١١٤/١٥، الحاشية ج ١٥٥/٤، نصب الراية ج ٣١/٤.

وحجة من أجاز، أنه يكفي تعيين الأجرة كالجعالة وحجة من منع، أنه إجارة لأمر غير معلوم؛ وإذا وقع العقد فهو عقد فاسد، نظراً للجهالة، وله أجر مثله.

مخالفة البائع في الكلام:

لو تبين أن قد خانه، بأن ضمّ إلى الثمن ما لا يجوز ضمّه، أو أخبره بأنه اشتراه بعشرة، ورابح عن درهم فتبين أنه اشتراه بتسعة. أو أنه قد ثبت خيانته ببرهان ودليل.

المتون عند الأحناف على أخذه للمبيع بكل ثمنه أو ردّه، فلا حطّ في المرابحة لفوات الرضا، وهذا عند الإمام.

وقال أبو يوسف يحطّ فيهما، أي المرابحة والتولية، وقال محمد: يخيّر فيهما. والمتون على قول الإمام.

وله الحط بقدر الخيانة في التولية، لتحقق التولية، بمعنى: أنه لو لم يحط في التولية تخرج عن كونها تولية، لأنها تكون بأكثر من الثمن الأوّل، بخلاف المرابحة، فإنه لو لم يحط فيها بقيت مرابحة(1).

وعند مالك وأحمد أن المشتري بالخيار بين أن يأخذها بالسعر الذي صحّ أو يترك إذا رضي بتركه البائع، وإلا التزم بالصحيح من السعر.

وهو الحط فقط ويبقى البيع لازماً لهما بعد حطّ الزيادة.

وعند الشافعي روايتان، الخيار والحط مع اللزوم.

وحجة القائلين بالخيار مطلقاً: تشبيه الكذب في هذه المسألة بالعيب، وكماأوجب العيب الخيار، كذلك الكذب هنا.

وحجة القائلين باللزوم والحط: أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير. فلما ظهر خلاف ما قال، وجب أن يرجع إلى الذي ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل، أنه يلزمه توفية ذلك

---

(1) فتح القدير ج ٦/١٥٥، الحاشية ج ٤/١٥٥.

الكيل[1].

ما تصح فيه المرابحة والتولية:

يشترط فيهما أن تكون من المثليات.

ويعني: أن يكون الثمن الذي اشتراه بها الأول مما له مثل، كالنقدين والحنطة والشعير، وما كان من الموزون، والعددي المتقارب.

وخرج بهذا، فيما إذا كان العوض من ذوات القيم، كالثوب بحيوان مقايضة، ولا يمكن الاحتراز عن الخيانة وشبهها في العوض القيمي إلا بقيمة ما وقع فيه من الثمن، ولا يمكن دفع عينه حيث لا يملكه، ولا دفع مثله، إذا الفرض عدمه، فتعينت القيمة، وهي مجهولة، تعرف بالحرز والظن، فيتمكن فيه شبهة الخيانة[2].

بيع الوضيعة:

«وهو الذي يقع بنقص في الثمن، ثمن المبيع عما اشتراه به البائع، وذلك كأن يشتري شخص مالاً بعشرة جنيهات فيبيعه ببيعه»[3].

وعرّفها صاحب المغني: هو أن يخبر برأس ماله ثم يقول: بعتك هذا به وأضع عنك كذا[4].

ولا بدّ فيها من تبيان مقدار رأس المال وتبيان مقدار الوضيعة، كأن يقول: رأس مال هذه السلعة عشرون ألف ليرة لبنانية، وأضع عنك خمسة آلاف ليرة لبنانية.

وفي كل من البيوع الثلاثة مرابحة وتولية ووضيعة لا بدّ من تبيان مقدار رأس المال، ومقدار الربح في المرابحة ومقدار الوضيعة في المواضعة[5].

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٣٣.
(٢) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/٤٩٧.
(٣) مجلة الأحكام العدلية.
(٤) المغني ج ٤/٢٠٩.
(٥) نفس المرجع.

الربا(*)

الربا في اللغة الزيادة، ومنه الربوة للمكان الزائد على غيره في الارتفاع.

والرابية والرّباة ما ارتفع من الأرض وأخذ رابية شديدة زائدة(١).

وأما في الإصطلاح، فهو عند الحنفية: فضل مال بلا عوض في معاوضة مالٍ بمال»(٢).

وعند الشافعية: عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما(٣).

حكم الربا:

الربا كسبٌ محرّمٌ في الشريعة الإسلامية، ثبتت حرمته بالكتاب والسنّة والاجماع، أما الكتاب، فهو كما في قوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾(٤). وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾(٥). وقوله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبّطه الشيطان من المس﴾(٦). وقوله تعالى: ﴿اتقوا الله وذروا ما بقي

(*) موضع الربا هنا لوجود المناسبة مع المرابحة، فهي زيادة حلال، وفي الربا الزيادة هي حرام، شرح منلا مسكين ج ٢/ ٢٩.

(١) القاموس المحيط مادة ربا.

(٢) الكنز ج ٢/ ٢٩.

(٣) مغني المحتاج ج ٢/ ٢١.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٥) سورة آل عمران، الآية: ١٣٠.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

من الربا إن كنتم مؤمنين﴾[1].

وأما السنّة فهي كثيرة، ومنها: قوله ﷺ «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل يا رسول الله، وما هي؟ قال: الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرّم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»[2].

وما روي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ: «لعن آكل الربا ومؤكِلَه وشاهديه وكاتبه»[3].

وعند عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة، قال: قال رسول الله ﷺ: «درهم ربا يأكله الرجل وهو يعمل أشدّ من ست وثلاثين زنية»[4].

وفي رواية عن أبي هريرة «الربا سبعون باباً أدناها الذي يقع على أمّه»[5].

وفي رواية عن عبد الله بن مسعود «الربا ثلاثة وسبعون باباً، أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمّه، وإن أربى الربا عرض الرجل المسلم»[6].

وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «أتيت ليلة أسري بي على قوم بطونهم كالبيوت، فيها الحيّات تُرى من خارج بطونهم، فقلت: من هؤلاء يا جبرائيل؟ قال: هؤلاء أكلة الربا»[7].

وفي رواية عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «ليأتين على الناس زمانٌ لا يبقى منهم أحدٌ إلا أكل الربا، فمن لم يأكل، أصابه من غباره»[8].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٨.
(٢) متفق عليه.
(٣) رواه الخمسة وصححه الترمذي.
(٤) رواه الإمام أحمد.
(٥) رواه البيهقي.
(٦) رواه الحاكم وصححه، انظر: نيل الأوطار ج ٥/٢١٣.
(٧) رواه ابن ماجه، (باب التغليظ في الربا).
(٨) رواه ابن ماجه.

وعن ابن مسعود، عن النبي ﷺ قال: «ما أحدٌ أكثر من الربا إلّا كان عاقبة أمره إلى قله»[1].

وكما نلاحظ في هذه النصوص وغيرها ما لم يذكر، أن الكسب بالربا جريمة موبقة «أي مهلكة لصاحبها، وأن اللعن هو الطرد والابعاد ومن رحمة الله، واقع على آكله ومطعمه وكاتب العقد ومن يشهد عليه.

وإذا كان أقل وأدنى أبواب الربا مثل أن يوقع الرجل بأمه، فكم هي شنيعة جريمة الربا؟ وكم يتحمل صاحبها من الآثام؟ وكم يلقى من الأوزار؟

وهل هناك أشد من جريمة هي مدعاة شن حرب من الله تعالى على فاعلها، فقد قال سبحانه في شأن الربا «فإن لم تنتهوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله»[2].

وعلى حرمة الربا انعقد اجماع الأمة[3] ولم يُشرع في شريعة أمة من الأمم ذات الشرائع السماوية.

في محاسن تحريم الربا:

ذكر صاحب المبسوط عقوبات خمس لأكل الربا، وهي:

١ ـ **التخبط**: قال الله تعالى: ﴿لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾[4].

والمراد: أن آكل الربا ينتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه، وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذي أصابه مسٌ من الشيطان فيصير كالمصروع الذي لا يقدر على أن يقوم.

---

(١) رواه ابن ماجه.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٩.

(٣) انظر: المغني ج ٤/٣، الإجماع لابن المنذر/١٦٧، بداية المجتهد ج ١٣٨/٢، نيل الأوطار ج ٢١٣/٥.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

ويذكر أثر للرسول ﷺ فيه: «أنه قال يملأ بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا».

والمراد: أن يفتضح على رؤوس الأشهاد.

٢ ـ **المحق**: وهو كما في قوله تعالى: ﴿يمحق الله الربا﴾[١].

والمراد به: الهلاك والاستئصال، مثل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به، ولا ولده بعده.

٣ ـ **الحرب**: وكما في قوله تعالى: ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾ فمن يأكل الربا هو في حرب الله ورسوله.

٤ ـ **الكفر**: وكما في قوله تعالى: ﴿وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾[٢] حيث ربط الإيمان بترك الربا.

وهو مراده في قوله تعالى: ﴿والله لا يحب كلّ كفّار أثيم﴾[٣]. أي كفّار باستحلال الربا، أثيم فاجرٌ يأكل الربا.

٥ ـ **الخلود في النار**: وكما في قوله تعالى: ﴿ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾[٤].

وأيّد هذه العقوبات بمأثورات من السنة، منها:

«من نبت لحمه من حرام فالنار أولى به»

«أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل»[٥].

وذكر صاحب كتاب محاسن الإسلام في محاسن تحريم الربا، فقال: إن في أخذه الزيادة ترك الشفقة مع المجانسة؛ والاخوة في النسب والدين علة الشفقة والمرحمة، ومن أخذ الزيادة فقد أعرض عن الشفقة والمرحمة

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٨.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٧٦.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٥) المبسوط ج ١٢/١٠٩.

ولهذا لا تحل هذه الزيادة وإن رضي بها المعطي، لأنه رضي بما هو قبيح عقلاً، لأن الإعطاء بلا عوض لا في المعاوضة حسن شرعاً.

فإذا أعطى في المعاوضة زيادة لا تقتضيها المعاوضة بأهلها قبيح ذلك ولا يقوم على قبول الربا إلا من اشتدت حاجته وظهرت فاقته، فكان هو أحق بالشفقة عليه والمرحمة والنظر إليه، فكان حقه أن يتصدق عليه فإذا لم يتصدق عليه فلا أقل من أن لا يأخذ الزيادة، فكانت هذه الزيادة نهاية في ترك الشفقة ونهاية في اظهار الرغبة في الحال لعينه، وهذا لا يليق لمن لا يبقى[1].

المنطلق في ميزان علة الربا:

الربا كسب من أبواب الكسب المحرّمة، وكما قد سلف، وحرمته هذه مبنية على أشياء تعتبر صفة لعلة هذا التحريم، والحكم المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً.

والعلة هي المرض في اللغة، وحدث يشغل صاحبه عن وجهه، وكأن تلك العلة صارت شغلاً.

والمراد هنا: ما يشترط وجوده في تحريم الزيادة، والتي تسمى ربا[2].
وقد اختلف فيما بين الفقهاء في علة إعتبار الزيادة رباً، بحيث أن أية زيادة تحرم؟ أم أن هناك مجالاً محدوداً حتى يحكم عليها بكونها ربا.

الأصل في تحديد العلة ينطلق من قوله ﷺ «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز»[3].

وقوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل كيلاً بكيل يداً بيد، والفضل ربا، والشعير بالشعير مثلاً

---

(١) محاسن الإسلام/٨٤ بتصرف.
(٢) انظر: مختار الصحاح، تسهيل الوصول في علم الأصول للمحلاوي/١٨٨.
(٣) متفق عليه.

بمثل كيلاً بكيل يداً بيد والفضل ربا.

وقوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، والآخذ والمعطي فيه سواء»[1].

وإلى ما هنالك من نصوص حول هذه الأصناف التي يجري فيها الربا بالنص[2].

والنصوص ذكرت ستة أصناف، هي: الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح. وهل يقتصر التحريم في الزيادة فيما كان من هذه الأصناف فقط؟ أم أن ذكرها لم يكن من باب الحصر، بحيث ينظر إلى مضمونها ودون عددها؟

فمذهب الظاهرية: أنه لا ربا إلا في هذه الأصناف التي ذكرت فقط ودون ما سواها، بناءً لمقتضى منهجيتهم في أخذ الأحكام من النصوص، وحيث الوقوف عند ظاهرها ودون أخذ بالقياس ونحوه.

ومذهب جمهور الفقهاء: أنه يلحق بها ما كان متفقاً معها، وإن اختلفوا في مبنى الالحاق:

فذهب الحنفية إلى أن علة الإلحاق بحكم التحريم اعتبار الزيادة ربا، هي في كل من القدر والجنس.

والمراد بالقدر: كل ما كان من باب المكيل والموزون، فيدخل فيه: الحبوب وبأصنافها والموزونات حيثما كانت، وسواء كان من المطعومات أو لا، ويدخل في الأموال الربوية كل شيء يباع كيلاً أو وزناً كالحبوب والفواكه والحديد ونحوه.

وخرج عنه: ما يباع بالذرع والعدد ونحوه.

---

(١) رواه أحمد والبخاري.

(٢) انظر نيل الأوطار ج ٥/٢١٥.

وبنوا استدلالهم على الآتي:
أما النص فقد ورد فيه ذكر الكيل والوزن واتحاد الجنس. والتساوي حقيقة لا يعرف إلا بهما (كيل وزن).

لكون التساوي والمماثلة شرطاً للخروج لقوله ﷺ: «مثلاً بمثل» والمماثلة بالصورة والمعنى أتم، وذلك لأن الكيل والوزن يوجب المماثلة صورة والجنسية توجبها معنى، فكان أولى[1].

وهو رأي الحنابلة، حيث قالوا: إن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس، وعلة الأعيان الأربعة (التمر، الشعير، البر، الملح) كونه مكيل جنس.

وعلى هذا: فالربا يجري في كل مكيل وموزون بجنسه مطعوماً كان أم غير مطعوم كالحبوب والقطن والصوف والكتان والحديد والنحاس ونحو ذلك.

ولا يجري في مطعوم، لا يوكل ولا يوزن.
وفي رواية ثانية لدى الحنابلة: أن العلة في الأثمان الثمنية، أي فيما كان ثمناً فقط، وليس في كل ما يوزن، وفيما عداها كونه مطعوم جنس، ودون ما هو خارج عن دائرة المطعومات.

فتكون العلة لجهة هذه الرواية محصورة بالأوزان فيما كان من باب الثمن كالذهب والفضة، وفيما عدا الأثمان يشترط فيه أن يكون من المطعومات فقط[2].

وهذا قول الشافعية، إذ العلة عندهم: الطعم والجنس شرط. وفي الأثمان فيما كان من باب الثمن.

فالطعم وصف شرط، وبه قوام الأبدان، والثمينة وصف شرط، وبها قوام الأموال، فيقتضي هذا التعليل بهما.

---

(١) انظر: الاختيار ج ٢/٣، الحاشية ج ١٧٩/٢، شرح منلا مسكين ج ٣١/٢.
(٢) المغني ج ٥/٤.

والمقصود بالطعام لدى الشافعية: هو ما قصد للطعام، وذلك بأن يكون أظهر مقاصده الطعم، وإن لم يؤكل إلا نادراً.

وجامع الطعام ما كان القصد منه: الإقتيات أو التفكّه أو المداواة[1].

وأما عند المالكية، فالعلة عندهم، هي:

١ ــ ما كان من باب الذهب والفضة.

٢ ــ المقتات، أو القوت المدّخر كالحبوب والتمر والزبيب والملح والألبان.

فإن كان مقتاتاً غير مدّخر، أو مدّخراً غير مقتات، ففيه خلاف، كالجوز واللوز والبيض، فإن لم يكن مقتاتاً ولا مدخراً فليس بربوي، كالخضار والفواكه والبقول[2].

وعند الجعفرية: العلة هي اتحاد الجنس والذات عرفاً وإن اختلفت الصفات وأن يكون كل من العوضين من المكيل أو الموزون[3].

وخلاصة القول في تعيين دائرة الأعيان الربوية.

١ ــ الكيل والوزن وما ألحق بواحد منهما عرفاً، وسواء كان مطعوماً أم لا، مدخراً أم لا، وهذا عند الحنفية، وهو مذهب الحنابلة.

٢ ــ الذهب والفضة، وكل ما كان مقتاتاً مدخراً، وهو مذهب المالكية.

٣ ــ الذهب والفضة، وكل ما كان مطعوماً سواء كان مدخراً أم لا، وهو قول الشافعية وقول لدى الحنابلة.

□□□

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/٢٢، التنبيه/٩٠.

(٢) القوانين/٢١٨.

(٣) منهاج الصالحين ج٢/٧١.

أنواع الربـا

الربا نوعان اثنان، هما:

أولاً ــ ربا الفضل:

الفضل: الزيادة، ويكون هذا النوع في كل ما اتحد جنسه وقدره، كالبر بالبر والذهب بالذهب والفضة بالفضة ونحوه، فلا يجوز فيه البيع إلا إذا كان متماثلاً في الكيل أو الوزن، وأن يكون يداً بيد، وإلا كان ربا.

وعند الشافعية يكون ربـا الفضل في كـل ما يعتبـر من باب الثمينـة (الذهب والفضة) الذهب بالذهب، والفضة بـالفضة، وفيمـا كان من بـاب المطعومات، وبقطع النظر عن الكيل والوزن، كالتفـاح بالتفـاح، الإجاص بالإجاص، الدواء بالدواء، وهكذا.

وكذلك لدى المالكية، لكن فيما كان من باب القوت المدّخر، فضلاً عن الذهب والفضة كالزبيب والبر بالبر، وخرج كل ما من شأنه عدم الادّخار.

ويشترط حتى يتحقق ربا الفضل أن يكون المال ربوياً مع اتحاد الجنس وأن يتفاضلا.

ثانياً ــ ربا النسيئة:

ربا النسيئة أو ربا النساء، بفتح النون؛ أي التأخير.

ويتحقق الربا في التأخير كأن يوجد أحد العوضين فقط، كأن يـوجد القدر فيهما دون الجنس، كالقمح والشعير، مثل: ٣ كلغ قمـح بـ ٤ كلغ شعير؛ فيصح البيع فيما بينهما لكن شرط التقابض في المجلس؛ فإذا بيع دون تقابض، فقد حصل الربا، ويسمى ربا النّساء، أي التأخير.

وإذا وُجد الجنس إقتضى الأمر التساوي والتقابض وإلا فهو ربا فضل، إذا لم يكن الكيل واحداً أو الوزن، وبالتالي ربا النساء إذا لم يتم التقابض.

ويلاحظ: أنه إذا كان البيع بين متحدي الجنس، اشترط في صحته التساوي وتمام التقابض والمجلس، على هذا حديث الرسول ﷺ «التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه»(١) وغيره من النصوص التي تلزم المماثلة عند اتحاد الجنس، فضلاً عن اشتراطية التقابض.

فإن اتفقا جنساً واحداً، كالذهب بالذهب، أو البر بالبر، فضلاً عن التقابض في المجلس فلا بدّ فيهما من المماثلة، وإلا فهو ربا.

وإن إختلفا جنساً فيشترط حتى لا يكون ربا، التقابض في المجلس ودون شرطية المماثلة لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»(٢).

ولقوله ﷺ: «الذهب بالذهب رباً إلا هاء وهاء(*)، والبر بالبر إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»(٣).

والإجماع منعقد على تحريم الربا بنوعية، ربا الفضل وربا النساء(٤) وجيّد مال الربا ورديئه سواء في الحكم، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء إلا مثلاً بمثل كذهب جيد بذهب رديء أقل منه جودة، وكذلك بر جيّد ببر رديء أقل منه جودة.

---

(١) رواه مسلم.

(٢) رواه أحمد ومسلم.

(*) والمراد: هاء وهاء: خذ وهات، وقال ابن الأثير: هاء وهاء: هو أن يقول كل واحد من البيعين هاء، فيعطيه ما في يده. وقيل معناه: خذ واعط.

(٣) متفق عليه.

(٤) انظر: المغني ج ٤/٣.

والحكمة من إلزامية التساوي في الأموال الربوية، ودون نظر إلى جودة أو رداءة هو أن الرداءة في الشيء تعتبر من باب الوصف، وصف في الخلقة، وما كان وصفاً في الخلقة فهو مهدر، لأنه تفاوت، ولا يعتبر عيباً، ولذلك المماثلة مطلوبة في الأموال الربوية، حتى في عقد البيع، الرداءة في الشيء لا تعتبر عيباً في المشتري بها الشيء المبيع، لأن هذا التفاوت نشأ من الصفات الفطرية، وأنه موضوع عنا فيما شرط علينا من رعاية المماثلة، لأنه جاء من قبل صاحب الحق، بخلاف إذا ما جاء من جهة العبد؛ أي أن الجودة والرداءة معتبرة في حق العبد من جهة الرد، فإذا أتلف جيداً ألزمه مثله، قدراً وجودة إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً. لا في عقد البيع بالأموال الربوية.

الجيد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور، سواء في جواز البيع مع التماثل، وتحريمه مع التفاضل(١).

حكم الزيادة في الأموال الربوية بين المسلم وغيره ممن ليس بمسلم:

ذهب جمهور العلماء إلى حرمة الزيادة في الأموال الربوية بين المسلم وغيره ممن ليس بمسلم، كحال المسلم، وهو مذهب كل من مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي وإسحاق وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة(٢).

وذهب كل من الإمام أبي حنيفة وصاحب محمد بن الحسن الشيباني إلى أنه لا ربا فيما بين المسلم وغير المسلم في دار الحرب.

وهذا الرأي محصور فيما إذا جرت عملية الربا مع الكافر في دار الحرب، لا في دار للإسلام، وخرج بهذا القيد التعامل الربوي مع الكافر في دار الإسلام، حجة الإمام أبي حنيفة.

١ ــ قوله ﷺ: «لا ربا بين المسلمين وبين أهل دار الحرب في دار

---

(١) انظر: الحاشية ج ٤/١٨٣، الاختيار ج ٢/٣٢، المغني ج ٤/١٠، ٢٦.
(٢) المغني ج ٤/٤٥.

الحرب»[1].

والحديث مرسل مروي عن طريق مكحول، ومكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول.

٢ ـ حادثة المراهنة بين أبي بكر رضي الله عنه والمشركين حول غلبة الروم على فارس حين نزل قوله تعالى: ﴿آلم، غلبت الروم في أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون في بضع سنين﴾[2].

ولما غلبت الروم، أخذ أبو بكر خطرهم (الرهان) من المشركين، وقالوا له: تعالى وخذ خطرك فذهب وأخذه، فأتى النبي ﷺ فأمره بأكله.

وهذا القمار لا يحل بين أهل الإسلام، وقد أجازه الرسول ﷺ بين أبي بكر رضي الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لأنه كان بمكة في دار الشرك حيث لا تجري أحكام المسلمين.

٣ ـ بما حصل بين رسول الله ﷺ وبين ركانة حينما لقي النبي ﷺ بأعلى مكة، فقال له ركانة وهل لك أن تصارعني على ثلث غنمي، فقال ﷺ: نعم وصارعه فصرعه، إلى أن أخذ منه جميع غنمه، ثم ردّها عليه تكرماً.

وهذا دليل على جواز مثله في دار الحرب بين المسلم والحربي.

٤ ـ مال الحربي مباحٌ في الأصل، ومُنع هذا في حال الاستئمان بعقد الأمان وفي حال إعطائه الذمّة، فماله معصوم، أي للمستأمن والذمي.

وأما في التجارة في دار الكفر (دار الحرب) فالأصل في مال الحربي الكافر مباحٌ، فجاز أخذه برضاه مطلقاً بلا عذر، وقيدت الإباحة بأن تكون الزيادة للمسلم لا للحربي وأن يكون الحربي في دار الحرب لا في دار الإسلام.

---

(١) حديث مرسل عن طريق مكحول.

(٢) سورة الروم، الآية: ٢٠١.

إذ الأصل في مال الحربي في داره الإباحة، فللمسلم أن يأخذ ماله ما دام برضاه حتى ولو كان عن طريق المقامرة والعقود الفاسدة[1].

ولم يوافق على هذا الجمهور، واحتجوا بما يلي:

١ ــ بظواهر النصوص والشواهد وقد مرّ ذكرها.

٢ ــ ما ثبتت حرمته، وكان محرّماً في دار الإسلام، فهو محرّم على دار الحرب، كالربا بين المسلمين.

٣ ــ وردّوا على الاحتجاج بالحديث، بأنه لا تعرف حجيته.

٤ ــ لا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة وانعقد عليه الاجماع بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند.

٥ ــ وقالوا في النص، قوله «لا ربا» يحتمل النهي عن الربا كما في قوله تعالى: ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾[2].

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء[3].

حول مفاهيم مغلوطة في الربا:

الأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز للمسلم أن يضع أمواله في مؤسسات عاملة في التجارات الربوية، كالبنوك والشركات المالية الخاضعة لأنظمة وتوجيهات القانون الوضعي؛ وهذا الأصل يلتزم المسلمون بالاستجابة له والسير ضمن اطاره، وإلا ــ بأن خرجوا عن حدوده ــ فقد أقحموا أنفسهم اثماً وزوراً.

وإن من يجادل في عدم ربوية الفوائد البنكية، فلا يرد عليه، لأنه إما جاهل أو مكابر. وأن من يقول بصرفها على أهل الحاجة ولا ينكر حرمتها(*)، بل يقول بها، لكن وبنظر منه غير صائب وعطفاً على الحاجة والفقر، وشعوراً

---

(١) انظر ما يلي: المبسوط ج ٥٦/١٤، الحاشية ج ١٨٨/٢، الأشباه والنظائر/ ٢٣٠.

(٢) سورة آل عمران، الآية: ١٩٧.

(٣) المغني ج ٤٦/٤.

(*) والمراد حرمة صرفها إلى أهل الحاجة، لا حرمة الربا، بل هو يقول بحرمتها.

بآلام الناس وأوجاعها، يرى أخذها على من ذكر ينفقها، وكان الأولى بهؤلاء بل والواجب أن ينطلق شعورهم مما أحلّ الله تعالى من المال الطيّب لا من المال الخبيث.

ولقد تعرض السادة العلماء إلى مسألة صرف المال المحرم، أي الذي كان كسبه عن طريق غير مشروعة، إلى ما يلي:

١ ــ أن يكون لهذا المال مالك معيّن، فيجب صرفه إليه، أوإلى وارثه، أو ينتظر به إذا كان غائباً.

٢ ــ أن يكون له مالك، لكنه غير معيّن، ووقع اليأس من الوقوف على عينه، ولا يدري عنه، ولا عن وارث له إذا مات، فمثل هذا المال لا يتمكن من ردّه، فينبغي التصدق به وانفاقه على أهل الحاجة والفقر.

٣ ــ أن يكون المال من الفيء والأموال المرصدة لصالح المسلمين كافة فيصرف في بناء القناطر والمساجد والرباطات؛ وكذلك الحكم في كل ما ينتفع به، ليكون عاماً للمسلمين.

فالأول لا شهبة فيه؛ والثاني والثالث، فعليه إنفاقهما وصرفهما كما سبق الكلام.

إذن فالحرام هنا كامن فيما لا يعرف له مالك، فإذا عرف له مالك وجب ردّه إليه، وما لا مالك له معيّن حكمه أن يصرف في سد الحاجات.

وقد نصّ على هذا حجة الإسلام الإمام الغزالي رحمه الله تعالى فقال ماجاءمفاده:

إذا عرف مالك المال لزمه ردّه إليه، وأما ما ينبغي التصدق به هو المال الذي لا يعرف مالكه، فينبغي صرفه في سد حاجة كي لا يذهب هدراً[1].

والمال الربا بالباب المصرفي له مالك هو المصرف، وهو شخصية

---

(١) انظر: احياء علوم الدين ج ٢/١٣٠.

اعتبارية، فردّه يكون على ذات المصرف؛ ومن ناحية أخرى: أن هذا المال الربا لم يلزم ولا يلزم بأخذه بداية ولا يقهر على إدخاله في ذمته إذ لا يدخل شيء إلى حيازة الإنسان وملكيته جبراً إلا شيء واحد هو الميراث فقط.

فهو من جهة لا يلزم بتملكه وحيازته وأخذه، ومن جهة ثانية المصرف هو مالكه، والمال الحرام إذا عرف مالكه يرد على مالكه.

وربما من يقول بأن هذا المال مأخوذٌ من أشخاص عدة يتكون المال المصرف من أموالهم، فيقال له: ومع هذا فإن هؤلاء بالإمكان معرفتهم، ولا حرج في ذلك.

ومن القائلين بأخذ الفائدة[1] ووضعها بمعزل عن الأموال الحلال، ولا يمسّ منها شيء إلا إذا عرضت ضرورة قاهرة، وتوضع في صندوق يسمى «صندوق الضرورات».

ويرد على هؤلاء، أي الذين يقولون بإدّخار الحرام، بأن هذا فهم غريب فذّ لا يعلم له سابقة في التاريخ التشريعي قاطبة، أي التشريع الإسلامي، وما من عاقل يسعه إقرار مثل هذا أي إباحة للمسلمين أن يكدسوا الحرام ويوضع بمعزل عن الأموال الحرام؛ إنه فهم مرفوض جملة وتفصيلاً، وإنه لفتح لباب الربا وبصورة مستمرة، لأن كل مسلم معرض لأن يواجه في حياته حالات اضطرارية بين الحين والآخر، فيأتي القول بهذا الاخراج العجيب، والذي لم يسبق له نظير.

وعزل المال الحرام عن الحلال لا يقدم ولا يؤخر لكون المودع يقبضه المال يكون قد أدخله في ملكه وتتوثق الملكية بتسليمه من المصرف الذي يرفض تسليمه إلا للمودع وتوقيعه على الاستلام.

والمقتني للمال هو بين أن يكون حلالاً أو حراماً، وكلاهما مملوك، ولكن بفارق، أن ما اكتسب من حلال فله حق التصرف فيه حكماً وديانة، وأما

(١) فتوى صدرت من دار الفتوى اللبنانية سنة ١٤٠٢ هـ انظر: الفكر الإسلامي عدد (١٢) السنة العاشرة.

الحرام فلا يحق له التصرف فيه ديانة، لكونه مكتسب حرام محاسب عليه عند الله تعالى. ويجب على مقتني الحرام إعادته إلى مالكه الأصلي.

وقد يحتج القائلون بأخذها، بكون أصحاب الأموال في المصرف متنازلين عن حقهم فيه، وهم راضون بهذا الوضع.

ويجاب هؤلاء بأن ما يحتجون به هو أشد فيما لو كان له مطالب للأسباب التالية:

١ ــ لكونه ربا محرم قطعاً، ولا قيمة لما يراه أصحاب الأموال والمصارف، إذ الحكم لله، وتنازلهم عن المال لا قيمة شرعية له، ولكل تراضي بين طرفين على محرّم.

٢ ــ معظم دخول المصارف وما يدفعون من الفوائد على الودائع هي رباً مأخوذة من مستغلين[١].

إذا كان واضعوا الأموال في المصارف يقصدون حفظها وكونها وديعة فالوديعة يدفع عليها لحفظها، فكيف يأخذ من المودع لديه عليها، عجباً أمر هؤلاء الذين يُزيّن لهم من حيث يدرون ومن حيث لا يدرون. فبدلاً من أن يوقعوا بالمسلمين في مرتع الحرام وتربية نفوسهم عليه، كان على القائلين بها والمزيّن لهم. من ولاة أمر وعلماء أن يسعوا من أجل إيجاد الفسحة الواسعة المتمتعة بالحلال، من إقامة مصارف على المنهاج الإسلامي والشركات والتجارات الخاضعة لقوانين الإسلام لا لغيره.

وهذا يصعب وجوده إلا إذا خضع المجتمع للنظام الإسلامي والذي به يكون تحصن الاقتصاد الإسلامي وتنمية أمواله على الطريقة المرضية لدى الله سبحانه.

---

(١) راجع من هذا: ربوية الفوائد المصرفية في رسائل موجّهة من قبل فضيلة الشيخ عثمان صافي حفظه الله سنة ١٩٨٢، وفيها الرد على القائلين بأخذ الفائدة وصرفها للضرورة.

(٢) نفس المرجع.

وإن من يتساهل في إعطاء الرخص للمسلمين يعتبر عاملاً في تحويل المجتمع الإسلامي إلى مجتمع عاجز ضعيف، لأن المجتمع العاجز هو الذي يعيش على الرخص، أما المجتمع القوي هو الذي يقوم على العزائم.

وإن كان لي من رأي: فإني لا أجيز البتة وضع المال في المؤسسات والمصارف الربوية بأي شكل من الأشكال، وأنه على المسلمين أن يعملوا على إيجاد ركائز مجتمعم على منهاج شريعتهم، فيقيموا المؤسسات التي تستوعب أموالهم حفاظاً واستثماراً، وإن كانت هناك ضرورة ملحة فلا مانع من وضعها في المصرف في صندوق حافظ لها ودون أن يتعاملوا فيها في المصرف، ويدفع عليها لحفظها أو بقدر ما يحتاج إليه من ضرورة السيولة.

وما يتغلب على الفتاوى القائلة بأخذ الفائدة وصرفها في حاجة العباد، لا أجد لها منطلقاً سوى الهوى العاطفي أو المنحى السياسي أو الجهل بالفقه الإسلامي.

□□□

القـرض

القرض في اللغة من مادة قَرَض؛ يقال: قرض الشيء قطعه، وقرض الرجل الشعر، أي قاله.

والقرض، بتسكين الراء ما تعطيه من المال لتقضاه، والقرض، أيضاً: ما سلّفت. قال تعالى: ﴿وأقرضوا الله قرضاً حسناً﴾[1].

والمقارضة: المضاربة، والقِراض: الدفع إليه مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح بينهما شرطاً، والوظيفة على المال.

وأما القرض في الاصطلاح: هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليردّ مثله» .

شرح التعريف:

قوله: «عقد مخصوص» قيدٌ يفيد خصوص اللفظ ــ القرض ــ ونحوه، كاعطني درهماً لأرده عليك مثله، أو بلفط الاعارة.

قوله: «يرد على دفع مال» قيدٌ يخرج به ما لا يرد على دفع مال، كالنكاح. وقوله: «مثلي» قيدٌ يفيد دخول المثليات، المكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض.

وحاصله: أن المثلي ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة.

وقوله: «لآخر ليرد مثله» قيدٌ يفيد خروج نحو الوديعة والهبة.

---

(١) سورة المزمل، الآية: ٢٠.

مشروعية القرض:

القرض أمرٌ مشروع، ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة أما الكتاب فكما في قوله تعالى: ﴿من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة﴾[1].

وقوله في سورة الحديد/١٨ ﴿إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضاً حسناً﴾ وقوله تعالى في سورة التغابن/١٧ ﴿إن تقرضوا الله قرضاً حسناً يضاعفه لكم ويغفر لكم﴾.

وأما السنة، فيما رُوي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلمٍ يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة»[2].

وكذلك عموم الأدلة القاضية بفضل المعاونة وقضاء حاجة المسلم وتفريج كربته، كما في قوله ﷺ: «من نفّس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفّس الله بها عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسّر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[3].

حتى قال البعض: موقعه أعظم من الصدقة، إذ لا يقترض إلا محتاج[4].

شروط صحة القرض:

يشترط لصحة القرض ما يلي:

أولاً ــ شروط عامة:

وهي ما يشترط عادة لكل عقد من عقود المعاوضات من جهة الأهلية، كما في البيع المطلق، فيجب أن يكون القارض أهلاً للتبرع، فلا يصح

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٤٥.
(٢) رواه ابن ماجه.
(٣) رواه عن أبي هريرة مرفوعاً.
(٤) انظر نيل الأوطار ج ٥/٢٥٩.

القرض من المجنون والصغير مميزاً كان أو غير مميز، لأن في مثل هذا الأداء ضرراً محضاً يلحق به(١).

ثانياً ــ شروط خاصة:

١ ــ لفظ القرض، أو أي لفظ يدل على مضمونه، كأعطني خمسة دنانير لأردّه عليك، وكذلك: أعرني، ونحوه.

٢ ــ أن يكون الشيء المقترض من المثليات، كالمكيل والموزون، وهو كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك.

ولا يصح في غيره من القيميات، لكونه ديناً في الذمّة يقتضي ردّ مثله. فلا قرض صحيح فيما كان من غير المثليات، كالحطب والحيوان والعقار، وكل ما هو متفاوت لتعذّر ردّ المثل.

وذهب الجمهور إلى صحته في كل ما من شأنه أن يثبت في الذمّة سلماً، من العين والطعام والعروض والحيوان(٢).

واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه فيما يجوز فيه القرض، بما يلي:

١ ــ أن النبي ﷺ استلف بكراً وهذا يفيد الصحة لأن البكر ليس مكيلاً ولا موزوناً.

٢ ــ أن ما ثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف، فجاز قرضه كالمكيل والموزون.

٣ ــ ما ثبت عن أبي رافع أنه قال: «استلف النبي ﷺ بكراً فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكرة، فقلت: إني لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال: أعطه إيّاه، فإن من خير الناس أحسنهم قضاء»(٣).

ووجهة الإستدلال: أن البكر ليس مكيلاً ولا موزوناً، ومع ذلك فقد

(١) المغني ج ٣٤٨/٤، الحاشية ج ١٧١/٤.

(٢) نفس المرجع، القوانين الفقهية/٢٤٨.

(٣) رواه الجماعة إلا البخاري، انظر نيل الأوطار ج ٢٥٩/٥.

وقع من الرسول ﷺ.

واشترط في قدر القرض، أن يكون مقدراً، مكيلاً، إن كان مكيلاً وموزوناً إن كان موزوناً وعدداً إن كان عددياً، وذراعاً إن كان مزروعاً، وهكذا.

ولو أنه اقترض دراهم أو دنانير غير موزونة لم يجز، لأن القرض فيها يوجب رد المثل، فإذا لم يعرف المثل لم يكن القضاء وكذلك في المكيل والموزون؛ فلا يصح القرض الجزافي.

وينبغي أن يكون الشيء الذي يقدر به معروفاً لدى عامة الناس، حتى لا يؤدي فقدان ما وزن به أو كال، إلى تعذر رد المثل.

فإن اقترض عدداً رد عدداً، وإن اقترض وزناً ردّ وزناً ووجوب رد المثل في المكيل والموزون لا خلاف فيه، وهو إجماع كما قال ابن المنذر(١)(*).

وردّ المثل إن لم يكن من ضرر في القارض، فهو أمر لا خلاف فيه، وإنما الردّ الضّار بالقابض فيما إذا تغيرت حال الشيء المقترض، أيردّ مثل الشيء أم يردّ قيمته؟

الردّ عند تغيّر الأسعار أو الكساد:

إذا استقرض شخص من آخر قدراً من الفلوس، وعند الرد إما أن تكون موجودة بذاتها وإما أن تكون قد نفقت.

وعند بقائها فقد تكون كاسدة أو غالية أو رخيصة، أو على حالها بلا غلاء ولا رخص ولا كساد.

فإن كانت باقية فتردّ هي وعليه أن يقبضها، أي القارض.

وإن كانت نافقة فيردّ مثلها ما لم تكن كاسدة، فإن كانت كاسدة فعليه

---

(١) المغني ج ٣٥٢/٤.

(*) واعتبر المالكية اشتراط الأجل عند وجوده لازم، خلافاً للجمهور حيث لا يصح اشتراط الأجل، إذ من حق المقرض المطالبة بحقه في أي وقت.

ردّ قيمتها عند الصاحبين، نظراً لبطلان الثمنية بالكساد، حيث تعذر رد العين كما قبضها، وهو ظاهر الرواية، وهو المختار.

وعند الإمام يردّ مثلها، على كل الاحتمالات، لكن المختار هو ما ذهب إليه الصاحبان لكونه هو الأنظر للمقرض من قول الإمام، لأن ردّ المثل إضرار به.

ثم اختلف الصاحبان في وقت الضمان، فعند أبي يوسف تجب قيمتها يوم القبض وعند محمد تجب قيمتها يوم القضاء.

واختلف في المذهب على أي قول الفتوى،

فقيل القول على ما ذهب إليه أبو يوسف، وهو الأصلح لحال المقرض. وقيل القول على ما ذهب إليه محمد، وهو الأرفق بالناس.

ولكن كما يبدو من المذهب أن الفتوى على ما قاله أبو يوسف، ودون فرق بين كساد وانقطاع ورخص وغلاء، فتجب قيمته يوم القرض، كما تجب قيمة المبيع يوم البيع(١).

وفي رواية أن رأي أبي يوسف كرأي الإمام، وأنه ليس له غيرها، ومع تغيّر الحالات، وفي رواية أن رأي الإمام كرأي أبي يوسف، وأنه تجب قيمتها يوم القرض.

لكن المعروف عن أبي يوسف غير هذا، والمعروف عن الإمام غير هذا.

ونقل ابن عابدين، فقال: يجب أن يعوّل على المفتي به والراجح من المذهب، إفتاء وقضاءً، لأن المفتي والقاضي واجب عليهما الميل إلى الراجح من مذهب إمامهما ومقلدهما، ولا يجوز له الأخذ بما قابله لأنه مرجوح بالنسبة إليه(٢).

---

(١) انظر: الحاشية ج ٤/٢٤، ١٧٢، تنبيه الرقود على مسائل النقود ج ٢/٦١.
(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢/٣٣٩.

ومذهب المالكية: في المثلي على المقترض أن يرد مثله، سواء كانت نقوداً معدودة أو غيرها، فلو اقترض نقوداً وبطل العمل بها فلا يلزم إلا ردّ مثلها.

وفي رأي أنه إذا كانت لها قيمة تافهة، والتغيّر فاحشاً، فيلزم برد قيمتها، ومثلها الفلوس من غير الذهب والفضة[١].

ومذهب الشافعية، ليس له إلا مثل ما أقرضه، ويجري مجرى نقص سعرها، وليس بعيب فيها[٢].

ونخلص إلى ما يلي:

١ ــ إذا كان الدين الثابت في الذمّة ذهباً أو فضة، كعملة محددة، فلا تأثير لغلاء أو رخص عليها، ولا يلزم المدين أداء سواها، لأن هذه نقد بالخلقة.

٢ ــ ولو أن الدين كانت نقداً ورقياً متعاملاً به، ثم أتى عليه الكساد[٣]، فعند أبي حنيفة ليس عليه إلا مثله لأنه هو الثابت في الذمّة.

وعند كل من أبي يوسف والراجح عند الحنابلة، عليه رد قيمتها الذي وقع عليه العقد، وعند الإمام محمد بن الحسن الشيباني وبعض الحنابلة، عليه ردّ القيمة الذي وقع عليه العقد من النقد قبل الكساد، أي آخر نفاقها، وهو آخر ما تعامل به الناس، لأنه كان يلزمه رد مثلها ما دامت ناقصة، إذ بعد النفاق يلزم برد القيمة من النقد المنتقل إليه.

وعند الشافعية والجمهور ولدى المالكية، ليس للدائن سوى المثل.

٣ ــ وفي حال الانقطاع[٤] ذهب الحنابلة وصاحب أبي حنيفة محمد بن

---

(١) انظر حاشية ابن المدني ج ١١٨/٥ نقلاً عن مجلة البحث العلماء التراث الاسلامي عدد ١٤٠٠/٣ هـ.

(٢) مغني المحتاج ج ١١٩/٢.

(٣) الكساد هو أن يبطل التداول بنوع من العملة ويسقط رواجها من البلاد وكافة.

(٤) الانقطاع هو عدم وجود مثل الشيء ما في الأسواق.

الحسن، وهو المفتي به في المذهب أنه على المقترض أداء ما يساويه في القيمة في آخر يوم قبل الانقطاع، وذهب أبو يوسف إلى اداء ما يساويه يوم التعامل، حيث وقت الوجوب في الذمّة، وذهب الإمام إلى كون الانقطاع كالكساد، وذهب كل من الشافعية والمالكية إلى وجوب أداء القيمة عند وقت المطالبة لدى الشافعية، وأبعد الأجلين عند الماكية من الاستحقاق بحلول الأجل أو الانقطاع.

٤ ــ في حال الغلاء والرخص ذهب كل من الإمام أبي حنيفة والمالكية لدى المشهور والشافعية والحنابلة إلى أن الواجب على المدين أداؤه هو نفس النقد المحدد في العقد، والدين ثابت في الذمة دون زيادة أو نقصان، وذهب أبو يوسف من الحنفية وهو ما عليه الفتوى إلى أنه يجب عليه أداء قيمة النقد الذي طرأ عليه الغلاء أو الرخص يوم ثبت في ذمته من نقد رائج يوم القبض، وفي وجه لدى المالكية، أنه ينظر إذا كان التغيّر فاحشاً، فإن كان فاحشاً أدّى قيمة النقد الذي طرأ عليه الغلاء أو الرخص وإلا فالمثل(١).

ومما ينبغي أن يلاحظ، أن كلًّا من الطرفين يعرفان أن الأسعار لا تستقر على شيء محدّد، دون زيادة أو نقصان.

وكما قد سلف الذكر: أنه عند المالكية يصح العقد بأجل محدد وبدون أجل، خلافاً للجمهور الذين يبطلون شرط الأجل فيه.

وأنه عند المالكية إذا وقع الشرط على موعد محدّد لا يستطيع القارض أن يلزم المقترض الدفع قبل هذا الوقت، وإن تقدّم المقترض إلى الأداء ففي كل الوقت يلزم القارض القبول.

وأن هناك وجهاً لدى المالكية يُنظر فيه إلى القرض إذا تفاحش السعر وغلا أو رخص بقيمة ملفتة للنظر أنه آنذاك يكون الردّ للقيمة لا للمثل.

---

(١) انظر المراجع السالفة الذكر، وانظر: بحث تغيير النقود وأثره على الديون للدكتور نزيه كمال حمادة، مجلة البحث العلمي/كلية الشريعة والدراسات الإسلامية/مجلة مكة المكرمة عدد ٣/١٤٠٠ هـ.

ومما ينبغي أن يُلاحظ أن القارض وعلى مذهب الجمهور، وكذلك المالكية عند عدم تحديد الأجل، أن يطالب بما قد قرضه، في أي وقت كان وأن المقترض إذا لم يدفع القرض وهو قادر على ذلك يعتبر مماطلاً والمماطل ظالم، وأنه بهذه الحال ينبغي ألا يساوي فيما بينه وبين المعسر الذي لا يجد حيلة لأمره.

وأن تغيّر القيمة للنقد القرض، زيادة أو نقصاناً، بصورة فاحشة بحيث وجد النكران العام لدى الناس لهذا التغيّر غير العادي.

ولما قد تقدم أرى ما يلي:

١ ــ أنه إذا حكم على التغيّر عادياً أو غير فاحش في عرف أهل الصنعة أن رد القرض يكون مثل ما قد اقترض.

٢ ــ أنه إذا كان التغيّر تغيراً فاحشاً ضاراً بالقارض ضرراً بيناً، يكون الرد للقيمة أي قيمة هذا النقد يوم القبض فيما بينه وبينه وكما هو رأي أبي يوسف، وهو المُفتى به في المذهب الحنفي، وكذلك هو قول لدى بعض المالكية وأنه يتأكد هذا لو حصلت منه مماطلة(*).

وجمهور العلماء على أنه ليس إلا المثل، سواءً في الغلاء أو في الرخص.

□□□

(*) وإذا كان من رأي، فإني أرى أن يوضع حد فاصل بين التغيّر المقبول والمحمول والتغيّر الفاحش غير المقبول والمحمول، وليكون هو فاصل ينطلق منه للأداء في الرد، ولأن المقبول هو متوقع لدى القارض بخلاف عكسه.

تقسيم البيع باعتبار
تنجيز الثمن وتأجيله

ينقسم البيع بهذا الإعتبار إلى بيع منجز وبيع مؤجل.

١ ـ البيع المنجز: هو البيع الذي ينجز فيه الثمن ويدفع عند الشراء. وهو الأصل.

٢ ـ البيع المؤجل: هو البيع الذي تأجل دفع الثمن فيه إلى وقت محدد. وهو جائز ما لم يكن صرافة ولم يكن من الأموال الربوية. ولأن عقد الصرافة يشترط فيه التقابض في المجلس وكذلك سائر الأموال الربوية «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيفما شئتم بعد أن يكون يداً بيد».

الزيادة في الثمن مراعاة للأجل:

أن يقبل صاحب السلعة من المشتري بدفع الثمن له فيما بعد، ولوقت محدد، فهو أمر جائز، ويعتبر من باب التيسير في التعامل، وهو من باب الصفات الحسنة في شخص التاجر، وذلك بدفع مقدار الثمن السابق، ودون زيادة ما تطرؤ على الثمن المتفق عليه عند العقد، وهذا متفق عليه، ولا خلاف فيه، أي لا تصح أية زيادة طارئة على الثمن المتفق عليه.

وأما إذا وضع صاحب السلعة لسلعته ثمنين، كل ثمن لعقد، كأن يضع ثمناً لسلعته تنجيزاً، وأن يضع لنفس السلعة ثمناً تأجيلاً وتقسيطاً وكأن يقول، مثلاً: ثمنها ٤٠,٠٠٠ ل. ل نقداً، وتقسيطاً تأجيلاً ثمنها ٥٠,٠٠٠ ل. ل وخذ ما شئت من هاتين الصورتين، أن تختار صفقة التنجيز حاضراً أو صفقة التقسط تأجيلاً، وكل بثمنه.

فذهب جمهور العلماء إلى جواز هذه البيوع، ومنهم الشافعية والحنفية

الزيدية، واستدل هؤلاء بالنصوص العامة الدالة على البيع، وكذلك حاجة الناس وتعارفهم لمثل هذه البيوع.

وذهب البعض إلى منع هذا النوع من البيوع، نظراً لوجود شبهة الربا، لأن الزيادة كانت لأجل النساء في الثمن، والراجح ما ذهب إليه الجمهور[1].

□□□

(١) نيل الأوطار ج ١٧٢/٥، نظرية الضرورة/١٧٨.

البيوع المنهي عنها

البيوع المنهي عنها متعددة بتعدد جزئياتها، ويضبطها مواصفات معينة وخصائص، يمكن تقسيمها إلى ما يلي:

الأولى: بيوعٌ منهي عنها نظراً لوجود خلل في شرط من شروط انعقادها.

الثانية: بيوعٌ منهي عنها نظراً لوجود خلل في شرط من شروط صحتها.

الثالثة: بيوعٌ منهي عنها نظراً لوجود خلل في أمور مجاورة لها.

أما الأولى فهي البيوع الباطلة، ويجمعها: كل بيع افتقد شرطاً من شروط انعقاده ومثالها:

١ ـ البيوع التي يكون المعقود عليه فيها محرّماً، كالخنزير والميتة والخمر.

٢ ـ البيوع التي تصدر عمن هو فاقد للأهلية ـ أهلية الأداء ـ مطلقاً، كالطفل الصغير غير المميز وكالمجنون.

٣ ـ البيوع التي تقع على شيء غير موجود عند العقد، مثل: بيع الثمر قبل ظهوره، وبيع ولد الشاة قبل الحمل.

٤ ـ البيوع التي تقع على غير المحاز المملوك، كبيع الانسان الحر وكبيع الأشياء التي لم تدخل تحت نطاق الحيازة، وهكذا[١].

وأما الثانية فهي البيوع الفاسدة ويجمعها: كل بيع افتقد شرطاً من

---

(١) انظر صفحة/ ٨٤.

شروط صحته[1]، ومنها:

١ ـ بيع ضربة القانص، وهو ما يخرجه الصياد من صيد بضرب الشبكة مرة.

وعلة الفساد هنا أمران اثنان، هما:

(أ) المعقود عليه مجهول، ويشترط الصحة لعقد معلومية المبيع.

(ب) الغرر، لأنه قد يصيد وقد لا يصيد.

٢ ـ بيع جزء من شيء لا يتخلص منه إلا بضرر لاحق، كذراع من ثوب وقطعة من آلة، تتضرر بفقدانها، وهكذا.

٣ ـ البيع تأجيلاً، ودون تحديد للأجل معلوم، فهو فاسد لأن فيه جهالة تؤدي إلى التنازع غالباً.

٤ ـ بيع الجنس بجنسه متفاضلاً، فهو فاسد لاحتوائه على الربا وانتفاء الربا في العقد شرط من شروط صحته.

٥ ـ بيع الصرافة بلا تقابض، هو بيع فاسد، لافتقاده شرطاً من شروط صحته، وهو التقابض في المجلس.

٦ ـ باع سلماً ولم ينقد الثمن، هو فاسد، لكون دفع الثمن مقدماً يعتبر شرطاً من شروط صحة عقد السلم.

هذه صورة عامة للبيع الفاسد الناتج عن خلل واضح في شروط صحته.

علماً بأن شروط الصحة قسمان: قسم تخضع له سائر العقود بشكل عام، وقسم آخر يختص كل عقد بشيء منها، والفساد يترتب على أي عقد يفتقد شرطاً من شروطها العامة أو شرطاً اختص به.

أما إفتقاد شرط من شروط إنعقادها، فيترتب عليه البطلان وإذا وُجدت شروط انعقاده وُجد العقد، ولكن لا يصح إلا بصحة شروطه.

---

(١) انظر صفحة/١٠٦.

فوارق الآثار
بين البيع الباطل والبيع الفاسد

١ ـ البيع الباطل:

لا يفيد ملك التصرف، قبل القبض أو بعده، والعقد الباطل غير معتبر.

ولو هلك المبيع في البيع الباطل، في يد المشتري، فإنه مضمون بالمثل أو القيمة، وهو قول عامة الفقهاء، وهو الراجح.

ويتميز البيع الباطل بأنه لا يفيد نعمة الملك.

٢ ـ البيع الفاسد:

فإنه يفيد الملك بالقبض، وأما قبل القبض فلا. فإذا قبضه بإذن المالك فيملكه، وكذلك إذا قبضه في مجلس العقد بغير إذن صاحبه، لكن دون اعتراض[١].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الفاسد والباطل سواء، فلا يفيد ـ الفاسد ـ الملك، سواء بالقبض أو بدونه[٢].

فلا يفيد الملك لكونه محظوراً، ولا تنال به نعمة الملك.

وذهب الحنفية إلى التفريق بين البيع الفاسد، والبيع الباطل، وبالتالي من حيث الآثار فيما بينهما، واحتجوا بما يلي:

أن الفاسد هو مشروع بأصله، ولأن الركنية موجودة، فهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله. فلا خفاء في الأهلية ولا

---

(١) فتح القدير ج ٦/٤٠٠.
(٢) نفس المرجع.

في المحلية.

وقالوا: ليس بالضرورة أن يكون وجود الشيء مرتبطاً بعدم المنع، بل قد ينهى الشارع عن شيء، ومع هذا فيقع، كما في الطلاق، فقد وضعه الشارع لإزالة العصمة بوضع خاص، فإذا فعل على غير هذا الوضع يقع ويأثم صاحبه.

وفائدة النهي هي التحريم الثابت، وهو موضوع النهي، ومع أن سببه موجود، أما الباطل، فلا وجود أصلاً لعدم وجود السبب كأن يعقد على خمر أو ميتة، فلا ركن ولا سبب، وبالتالي فلا ملك.

لهذا كان الفاسد قسماً غير الباطل، وترتب عليه آثار وهي:

١ ـ يفيد الملك بالقبض، إما صراحة كالإذن من البائع، أو دلالة، كأن يقبضه المشتري في حضرة البائع في مجلس العقد، ولا يعترض.

٢ ـ لكل من المتعاقدين فسخ العقد، وسواء كان قبل القبض أو بعده. أما قبل القبض فلأنه لا يفيد حكمه، رفعاً للفساد.

وأما بعد القبض، فينظر، فإن كان الفساد فيه واقعاً في أحد البدلين، كبيع درهم بدرهيمن فلكل واحد منهما فسخه بحضرة صاحبه عند الإمام ومحمد، وعند أبي يوسف، بحضرته وبغيبته، وذلك لقوة الفساد.

وإن كان الفساد يعود لشرط زائد، كشرط ينتفع به أحد المتعاقدين، فلكل واحد منهما فسخه إذا كان قبل القبض.

وإذا كان بعد القبض فللذي له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله، لم يزد ولم ينقص.

٣ ـ ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يردّ الثمن. لأن المبيع مقابل به، فيبقى محبوساً كالرهن[1].

---

(١) فتح القدير.

وأما الثالثة ــ فهي البيوع «المكروهة»:

التي ورد النهي عنها، ولكن لأمر لا يعود إلى أصل العقد ولا إلى وصفه، بل يعود لأمر مجاور لها، ولاعتبارات عدة. غالباً ما يجمعها رفع الضرر، أو لكونها مؤدية إلى شيء محرّم، أو نظراً لحرمة شيء يجعل الشرع الحكيم.

وعلى سبيل الذكر والمثال، لا على سبيل الحصر، نذكر منها ما يلي:

١ ــ بيع العيّنة.

٢ ــ بيع وقت الجمعة (ظهراً).

٣ ــ بيع الجلب، بيع الحاضر للبادي، بيع النجش، البيع على بيع الغير.

□□□

البيوع المنهي عنها
لكونها ذريعة إلى الربا

البيع بالعينة:

العينة بكسر العين وياء ساكنة ثم نون، أي السلف، أي بيع السلعة بثمن إلى أجل تم شراؤها منه بأقل من ذلك الثمن.

وورد في تعريف العيّنة أكثر من تعريف.

فعند البعض هي مبنية على السلف، وقيل لهذا البيع عيّنة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً، أي نقداً حاضراً.

أي أن يقول الأصيل إلى الوكيل: اشتر من الناس نوعاً من الأقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلي، فيأتي إلى تاجر فيطلب منه الغرض ويطلب التاجر منه الربح، ويخاف من الربا، فيبيعه التاجر ثوباً يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر درهماً نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة، فيحصل لهالعشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشرة إلى أجل.

وعند البعض يقرض خمسة عشر درهماً ثم يبيعه المقرض ثوباً يساوي عشرة دراهم بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمس عشر قرضاً(١).

وعند آخرين في بيع سلعة بثمن مؤجل ثم شرائها بأقل منه نقداً(٢)، وهو تعريف صاحب «المغني» ثم قال: وهذا البيع لا يجوز في قول أكثر أهل العلم.

---

(١) الحاشية ج ٤/٢٧٩.

(٢) المغني ج ٤/١٩٤، نيل الأوطار ج ٥/٢٣٤.

روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي. وهو قول: ربيعة والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وأجازه الشافعي مستدلاً بكونه ثمناً يجوز بيعها به من غير بائعها، فجاز من بائعها، كما لو باعها بمثل ثمنها[1].

واستدل على حرمة هذا النوع من البيع بقوله ﷺ ذامّاً له «إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم(*) أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم»[1].

وفي رواية أخرى «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»[2].

وهو محرّم لأنه ذريعة إلى الربا.

وفي هذا ما رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت «دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم، فقالت لها: بئس ما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلاّ أن يتوب».

ووجهة الإستدلال: أنها رضي الله عنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ، أنه ذريعة إلى الربا، فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم[3]. وأفاد الشوكاني في هذا النوع من البيوع، فقال:

---

(١) نيل الأوطار ج ٥/٢٣٤.

(*) أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد.

(٢) رواه أبو داود.

(٣) المغني ج ٤/١٩٤.

١ ـ أنه من المعلوم أن العينة عند من يستعملها يسميها بيعاً، مع أنه اتفاق على الربا قبل العقد، وبتغيير اسمها إلى معاملة جديدة.

٢ ـ هي مكر وخديعة لله تعالى.

٣ ـ بناءً لمبدأ الأعمال بالنيات، فإن هكذا معاملة، هي باطلة بالأصالة. فهو إقراض يراد به تحصيل ربح زائد أظهره بهذه العملية من خليطٍ بين صورة القرض وصورة البيع، وجعل هذا كله محللاً لهذا البيع(١).

وما في النصوص الدّالة على حظرية هذا النوع من البيوع، يدل على مدى تأثير ممارسة المسلم ومجتمعه لهذا البيع، وعلى مدى ما يعقبه من بلاء ينزل بالأمة، من الذلّ والهوان، بعد الرفعة والعزّة، ووقوع الأمة في مثل هذا البلاء لا يكون إلا من ذنب شديد ترتب عليه الوعيد، وجعل الفاعل له في مقت من الله سبحانه، وكفى دلالة على حظريته ما صرحت به أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، من كونه محبطاً للجهاد مع رسول الله ﷺ(٢).

□□□

(١) نيل الأوطار ج ٥/٢٣٤.

(٢) نفس المرجع.

البيوع المنهي عنها
نظراً لحرمة الوقت

وينطبق على هذا النوع من البيوع المنهي عنها «البيع عند ظهر الجمعة» هذا البيع محظورٌ شرعاً، ابتداء من الأذان لصلاة الظهر من يوم الجمعة وانتهاءً بانتهاء فرضه، بموجب قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون﴾(١)، فهو أمرٌ بالسعي إلى ذكر الله، وهو نهي عن الشغل بالبيع، فدلالته بينة على لزوم الاستجابة عند نداء المؤذن لهذا الوقت الفاضل في هذا اليوم الفاضل(*).

وقد اتفق الفقهاء على تأثيم بيع وشراء من وجبت في حقه الجمعة، أي أن الإثم لاحق بالعاقد، وهو مرتكب معصية، ولا خلاف في هذا(٢).

---

(١) سورة الجمعة، الآية: ٩.

(*) الجمعة خاصة بهذه الأمّة، وهو يوم الإسلام، وأفضل الأيام، وكما في الحديث «خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة، فيه خلق آدم وفيه أهبط وفيه ثيب عليه، وفيه تقوم الساعة، وفيه ساعة لا يوافقها عبدٌ مسلم وهو قائم يصلي يسأل الله شيئاً إلا أعطاه إياه»، وقد كان الأذان في عهد النبي ﷺ في الجمعة كسائر الأذان في الصلوات، يؤذن واحدٌ إذا جلس ﷺ على المنبر، وكذلك كان يفعل أبو بكر وعمر، ثم زاد عثمان رضي الله عنهم، على المنبر أذاناً ثالثاً على الزوراء ـ حين كثر الناس بالمدينة، فإذا سمعوا أقبلوا، حتى إذا جلس عثمان على المنبر أذّن مؤذن النبي ﷺ ثم يخطب عثمان؛ وإنما كان الأذان الزائد ثالثاً بالنسبة للإقامة مع أنه الأول، انظر: أحكام القرآن لابن العربي ج ٤/١٧٩٠.

(٢) نفس المرجع، بداية المجتهد ج ٢/١٨٣.

فاتفق الفقهاء على الحرمة المستوجبة الإثم لفاعله، واختلفوا في مسائل:

١ ـ فسخ العقد:

ذهب الظاهرية، وهو القول المشهور لدى المالكية، إلى فسخه.

وذهب الجمهور إلى عدم فسخه، وهو قول لدى المالكية.

ومنطلق هذا الاختلاف هو مدى دلالة النهي الوارد لسبب خارجي، فمن وجد إفساده، قال: إنه يقتضي فسخ البيع؛ ومن لم يجده فاسداً، لم يوجب فسخه.

إذ النهي الوارد هنا، يعود إلى حرمة الوقت ومكانته، وليس في داخل المعقود عليه، ولا لشرط من شرائط صحته، بل هو لأمر خارج عن الأركان والشروط[1]، وحسب القياس في العقود فلا يفسخ العقد، وهذا ما أراه راجحاً.

٢ ـ النهي خاص بالبيع أم أنه شامل لسائر العقود؟

فذهب الظاهرية إلى عدم الإلحاق به، بل هو خاص فيه، ولذا جاز عندهم بقية العقود، محتجين يكون النهي عن البيع فقط، فلا يدخل غير البيع على المنهي عنه. وقالوا: ولوأن الله أراد النهي عن النكاح والإجارة لما عجز عن ذلك ولا كتمنا ما ألزمناه وما كان ربك نسياً[2].

وذهب أكثر أهل العلم إلى أن العقود الأخرى، وما يشغل العبد عن الصلاة، ملحقة بالبيع لما فيها من المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة[3].

فكل أمر يشغل عن الجمعة من العقود وغيرها كلها هو محظورٌ شرعاً

---

(١) نيل الأوطار ج ٥، فتح القدير ج ٤٧٨/٦، المحلّى ج ٢٦/٩.

(٢) المحلّى ج ٢٦/٩.

(٣) بداية المجتهد ج ١٨٣/٢، أحكام القرآن ج ١٧٩٢/٤.

يأثم المرء بتعاطيه. ويدخل تحت باب المحرّم[1]، ويفسخ عند المالكية نظراً لكونه فاسداً والراجح ما ذهب إليه الجمهور من كونه منهياً عنه.

٣ ـ وهل حكم النهي مخصوص ببيع من تجب في حقه الجمعة فقط؟ أم لا؟

ذهب أهل العلم إلى أن النهي هو في حق من وجبت عليه الجمعة، لكون الخطاب موجّهاً لفئة معينة من المؤمنين، وهي الواجبة في حقهم الجمعة.

فلا يدخل في النهي والمنع كل من لا يدخل في الخطاب وجوباً، كالمرأة والمعذور[2] شرعاً ونحوه من المسافر والمريض وكل مؤمن لم تجب في حقه الجمعة[3].

وقال الظاهرية بالنهي العام عن كل بيع يحصل من عند زوال الشمس إلى مقدار تمام الخطبتين والصلاة بالنسبة لكل واحد مؤمناً كان أم كافراً مريضاً كان أم امرأة، وإلى تمام صلاة الجمعة بالنسبة لمن شهد الجمعة[4].

والراجح ما ذهب إليه جمهور العلماء، بناء لتوجه الخطاب من الآية الكريمة[5].

□□□

---

(١) ويدخل عند الحنفية تحت «المكروه» وهو إلى الحرام أقرب عند الإمام وأبي يوسف، وعند محمد هو حرام.

(٢) وعدّ من أصحاب الأعذار قيم المريض ونحوه، انظر: تفسير ابن كثير ج ٣٦٦/٤.

(٣) نفس المرجع، بداية المجتهد ج ١٨٣/٢.

(٤) المحلّى ج ٢٦/٩.

(٥) وهذه الأحكام خاصة بوقت ظهر الجمعة، دون غيرها، فلو ضاف وقت الشغل عن الصلاة فلا يأخذ هذه الأحكام، وإن كان المنشغل عنها آثماً للهوه بتجارته عن ذكر الله، قال سبحانه: ﴿رجالٌ لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة﴾.

البيوع المنهي عنها لرفع الضرر

بيع الجلب:

بيع الجلب هو بيع تلقي الركبان، والمراد بالجلب المجلوب، وله صورتان: الصورة الأولى: أن يشتري التجار منهم الطعام في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة.

الصورة الثانية: أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون بالسعر، وهذا النوع من البيوع منهي عنه إذا ترتب عليه ضرر بأهل البلد أو أنه لبّس السعر على الواردين، أي أصحاب القافلة.

وأماإذا لم تترتب هذه النتائج فلا بأس به[1].

بيع الحاضر للبادي:

بيع الحاضر للبادي هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له: لا تبع أنت، أنا أعلم بذلك منك، فيتوكل له ويبيع ويغالي[1].

وهو بيع منهي عنه بموجب النص النبوي «لا يبع الحاضر للبادي».

ومحل النهي هنا حال الحاجة والقحط والضرر الناتج عن هذا النوع من البيوع. ويدخل فيه: بيع الحاضر للبادي، أي أن يكون للرجل من المدينة طعام ولا يبيعه إلا لأهل البادية طمعاً بالثمن الغالي، فإن كان أهل المصر يتضررون، فإنه يكون بيعاً مكروهاً.

بيع النَجْش:

النجش بفتح النون وسكون الجيم، والمراد به: تنفير الصيد واستثارته من مكان ليصاد، يقال: نجشت الصيد أنجشه بالضم نجشاً.

وأما في الاصطلاح: هو أن يزيد الشخص في السلعة ولا يريد شراءها ليقتدي به المستام، فيظن أنه لم يزد الشخص فيها هذا القدر إلا وهي تساويه، فيغتر بذلك ويقع ذلك بمواطأة البائع؛ والاثم مشترك بينهما.

---

(١) فتح القدير ج ٤٧٧/٦.

وقد يقع دون علم البائع فيكون الإثم على الناجش، وأن الناجش آثم بفعله بالإجماع، واتفق العلماء على منع هذا البيع[1].

وقد ثبت النهي عنه بموجب ما روي عنه ﷺ «نهى النبي ﷺ عن النجش»[2].

وبما روي عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضرٌ لباد وأن يتناجشوا»[3].

وقد تعرض السادة الفقهاء لحكم هذا النوع من البيوع من جهة الصحة والفساد، فذهبت طائفة من أهل الحديث إلى فساد البيع إذا وقع على ذلك. وهو قول أهل الظاهر، ورواية عن مالك.

وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أو صنعته.

وذهب الحنفية وهو الأصح عند الشافعية، وهو رأي الهادوية إلى صحة البيع مع الإثم.

وقال صاحب المغني: الشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم، ومنهم الشافعي وأصحاب الرأي.

وعن أحمد أن البيع باطل[4].

وعند مالك هو كالعيب، والمشتري بالخيار، إن شاء ردّ وإن شاء أمسك[5].

وينطلق هذا الإختلاف من كون النهي، أيتضمن الفساد؟ مع أن النهي من خارج الشيء، وليس من نفسه، أم لا؟

فمن قال يتضمن، قال بفسخ البيع ولم يجزه.

---

(١) المغني ج ٤/٢٣٤، بداية المجتهد ج ٢/٢٣٤، نيل الأوطار ج ٥/١٨٧.
(٢) متفق عليه.
(٣) متفق عليه.
(٤) المغني ج ٥/٢١٥، نيل الأوطار ج ٥/١٨٧.
(٥) بداية المجتهد ج ٢/١٨١.

ومن قال، لا يتضمن، فقد أجازه(١).

البيع على بيع غيره:

والمراد به: أن يتراضى كل من البائع والمشتري على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص منه هذا الثمن، فيقع الضرر بصاحب السلعة، وهو محل النهي.

ويجمع هذه الأنواع من البيوع الضرر الذي يلحق من جرائها وهو محل النهي في حديث رسول الله ﷺ «لا يبيع حاضرٌ لباد» وقوله ﷺ: «لا تلقوا الركبان» «لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه» وهكذا.

الآثار المترتبة على هذه البيوع وأمثالها

وكما أن للبيوع الباطلة والبيوع الفاسدة آثارها، فكذلك لهذه البيوع المنهي عنها آثار حسب اعتباراتها ووضعها لدى الفقهاء.

فمذهب الحنفية حسب أصولهم أن هذه البيوع وإن كان منهياً عنها، وأن النهي يقتضي التحريم المستوجب الاثم، لكنها لا تعتبر فاسدة، لكونها متضمنة كلًا من شروط الإنعقاد وشروط الصحة، وأن النهي لا يعود لخلل في صلب العقد ولا في وصفه؛ وإنما النهي يعود إلى أمر خارج عنها، ولذا فقد وضعوه تحت باب ما يكره من البيع، ولم يضعوه تحت البيع الفاسد.

وأن هذه البيوع تلحق الاثم بفاعلها، لكن دون تأثير على رابطة العقد، لكون القبح لأمر مجاور زائد؛ وهذا باتفاق علماء الحنفية وحسب أصولهم(*).

---

(١) بداية المجتهد.

(*) علّق صاحب الفتح على هذه البيوع، واعتبرها ذات كراهة تحريمية، وأن هذا لا خلاف فيه أي في إثم فضلها، ويميل رحمه الله إلى القول بفسادها من حيث المعنى، وأن النهي ينبغي ألا يصرف عن فساده، ولكنه يستدرك لأصول مذهبه المعرفة لهذا النوع من البيوع عن غيرها لكون الخلل يعود إلى الأمر الخارج لا إلى ذات العقد ولا إلى وصفه. فتح القدير ج ٦/٤٧٧.

وأن العقد صحيح يجب به الثمن، ويثبت فيه الملك، لو قبل القبض، وأما الآخرون من الفقهاء فمنهم من قال بصحته مع ثبوت الخيار، وهو قول الشافعي وكما في تلقي الركبان.

ومنهم من قال بالفساد، وهو مقتضى مذهب مالك، وكما في النجش وبيع الحاضر للبادي.

□□□

عقد الإجارة(*)

التعريف بالإجارة:

الإجارة في اللغة على وزن فعالة، وهي من أجّر يؤجّر فهو آجر.

والإجارة اسم للأجرة، وهي ما أعطي من كراء الأجير، يقال أجره: إذا أعطاه أجرته.

والأجر: ما يستحق على عمل الغير، ولهذا يُدعى به، يقال: آجرك الله وأعظم الله أجرك» ويقال: أجّرت بيتي أوجره إيجاراً فهو مؤجر.

والإجارة بكسر الهمزة في المشهور، واشتهرت في العقد المسمّى.

وأما في الإصطلاح: فهي عند الحنفية: تمليك المنفعة بعوض[1] وعرّفت بـ: بيع المنافع[2] مع أن المنافع لا تعتبر مالاً عندهم.

ولذا كان تعريفها عند الأكثر بغير البيع، بل بما يدل على التمليك وعلى كونها عقداً على منفعة بعوض، كما عرّفها صاحب المبسوط، عقد على المنفعة بعوض هو مال[3]. وإنما السر في إطلاق البيع عليه، مع أنها عندهم تمليك، نظراً لوجود معنى البيع وهو بذل الأعواض في مقابلة المنفعة.

(*) وضع بحث الاجارة في مؤخرة فصل البيع نظراً لما يوجد بينهما من تناسب من جهة الإجارة بيع وأن كانت على المنافع ومن جهة من مواصفات الاجرة مطابقة لكون مواصفات الثمن في البيع.

(١) شرح منلا مسكين على الكنز ج ١٤٦/٢.

(٢) الاختيار ج ٥٠/٢.

(٣) المبسوط ج ٧٤/١٥.

وقال صاحب الاختيار: اعلم أن التمليك نوعان: تمليك عين وتمليك منافع وتمليك العين نوعان اثنان:

١ ـ تمليك عين بعوض، وهو البيع.

٢ ـ تمليك عين بغير عوض، وهو الهبة والصدقة والوصية.

وتمليك المنافع نوعان أيضاً:

١ ـ تمليك بغير عوض، وهو العارية والوصية بالمنافع.

٢ ـ تمليك بعوض، وهو الإجارة.

وسميت الإجارة بيعاً من باب وجود معنى البيع، وهو المبادلة بين العوض والمنفعة(١).

وعرّفه الشافعية بـ: عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم(٢).

شرح التعريف:

قوله «على منفعة» قيد لإخراج العقد على العين كما في البيوع.

وقوله «مقصودة» لإخراج المنفعة التافهة.

وقوله «معلومة» قيد لإخراج القراض والجعالة على عمل مجهول.

وقوله «قابلة للبذل والإباحة» قيد لإخراج منفعة البضع، فإن العقد عليها لا يسمى إجارة.

وقوله «بعوض» قيد لإخراج هبة المنافع والوصية بها والشركة والاعارة.

وقوله «بمعلوم» قيد لإخراج مثل المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول، كالحج بالرزق، ودلالة الكافر لنا على قلعة نحارب منها.

وعرّفها الحنابلة بـ: هي نوع من أنواع البيوع، قالوا: هي بيع المنافع(٣). ومفاده: التمليك من كل واحد من الطرفين.

---

(١) الاختيار ج ٢/٥٠.

(٢) مغني المحتاج ج ٢/٣٣٣.

(٣) المغني ج ٥/٤٣٣، منار السبيل ج ١/٤١٣.

وعند المالكية: هي عقد يفيد تمليك منافع شيء مباح مدة معلومة بعوض غير ناشيء عن المنفعة[1]. وفي قول: عقد لازم على المنافع المباحة[2].

وفي قول: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض[3].

وكما نلاحظ في سائر التعريفات الفقهية، أن المعقود عليه هو المنافع لا الأعيان، ومع أن المنافع أشياء غير موجودة عند إجراء العقد، إنما هي توجد بالتتابع، جزءاً وراء جزء، والأصل في مثل هذا ألا يصح فيه العقد، لأنه وجود المعقود عليه، أصلاً شرط في الانعقاد، وإلا فلا، وهو القياس.

فوجود العقد عليه والقدرة على تسليمه من شروط صحة العقد، وهذا لا يتحقق في المنافع، لأن المنافع عرض لا يبقى في زمانين فأقيمت العين المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليترتب القبول على الايجاب، كقيام الذمّة التي محل السّلم فيه مقام المعقود عليه في حق جواز السلم، استحساناً.

مشروعيته:

عقد الإجارة هو عقد جائز ومشروع، ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب، فكما في قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾[4].

وجه الدلالة: أن الإرضاع بلا عقد لا يوجب أجرة، إنما يوجبها ظاهر العقد فتعيّن.

وفي قوله تعالى: ﴿قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من

---

(١) أسهل المدارك ج ٢/٣٢٠.

(٢) نفس المرجع.

(٣) نفس المرجع.

(٤) سورة الطلاق، الآية: ٦.

استأجرت القوي الأمين﴾ قال ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابني هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك﴾[1].

وهذا بيّن في مشروعية الإجارة، وإن كان شريعة لمن قبلنا، فإنه شريعة لنا لأن ما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا ما لم يقم الدليل على انتساخه.

وقوله تعالى في قصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح: ﴿فوجدا فيها جداراً يريد أن ينتقض فأقامه قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً﴾[2].

وهو واضح في إفادة الدلالة على جواز أخذ الأجر على إقامته.

وقوله تعالى: ﴿رفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخريا﴾[3] أي ليتخذ بعضهم بعضاً في العمل بأجر.

وأما السنّة فهي كثيرة، منها:

١ ــ ثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الدليل هادياً خريتاً» أي دليلاً، واسمه عبد الله بن الأريقط.

٢ ــ «أن رسول الله ﷺ قال: قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»[4].

وقد أثر أن علياً رضي الله عنه أجّر نفسه من يهودي فاستقر له كل ولد بتمرة حتى بلغ بضعاً وأربعين ولداً.

وقد بعث الرسول ﷺ، والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرهم على ذلك، وبيّن أحكامه، وخاصة أن الناس بحاجة إليها، إذ ليس لكل واحد مركوب ومسكن وخدم، فأجيز لذلك، كما أجيز بيع الأعيان.

---

(١) سورة القصص، الآية: ٢٧.
(٢) سورة الكهف، الآية: ٧٧.
(٣) سورة الزخرف، الآية: ٧٣.
(٤) حديث قدسي، رواه البخاري.

وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة(*).

والحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس كل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على سيارة يملكها، وأنه لا يلزم أصحاب الأملاك اسكانهم وحملهم تطوعاً.

وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجور، ولا يمكن كل واحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعاً به، فلا بدّ من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق(1).

ومن محاسن مشروعية الإجارة أن في الإجارات دفع حاجات العبد بقليل من الأبدال ويسير من الأموال فلا كل أحد يملك داراً يسكنها ولا سيارة يركبها ولا خاناً يحفظ فيه أمواله ولا آلة لحراثة الأرض ونحوها.

فجوزت الإجارة مع أن القياس يأباه لما فيه من تمليك ما هو معدوم، ولا يوجد الانتفاع في المستأجر وبعد ما وجد لا يبقى زماناً شرع الله تعالى الإجارة رحمة منه على الفقراء والمحتاجين في زمان وحين، لينتفعوا على حسب إرادتهم، وجعل تسليم الدار وما ينتفع به تسليماً للمنفعة، إذ الله تعالى أجرى العادة بإحداث المنافع عند انتفاع المنتفع بالعين عادة مستمرة لا يغيرها أبداً.

فالبياعات شرعت على حفظ الأغنياء والاجارات شرعت على حظ الفقراء، ففي التجارات ركون إلى الأعيان، وفي الإجارات سكون بلا امتنان، فإذا لم يكن بد من الموت وترك الدار، فترك المستأجر أهون من ترك المملوك.

(*) سوى ما حكي عن عبد الرحمن بن الأصم، حيث قال بعدم جواز الاجارة، لأنه عقد على منافع لم توجد بعد، فيكون فيه غرر انظر: المغني ج ٤٣٣/٥.

(1) انظر ما يلي: المغني ج ٤٣٣/٥، المبسوط ج ٧٤/١٥، مغني المحتاج ج ٣٣٢/٢، الاختيار ج ٥٠/٢.

وعامة حاجات العبد مقضية بالإجارات، ولو لم تشرع الإجارة لوقع كل واحد في ضيق وحاجة.

فسبحان الله، كيف قضى الحاجات بالحاجات، فنفوس العباد كنز الله تعالى لا نفاد لها، تنشأ حاجة من حاجة وتتعلق الحاجات بالحاجات إلى أن ينتهي العبد إما إلى الدرجات أو إلى الدركات، والله تعالى كافي المهمات[1].

شروط صحة عقد الاجارة

لعقد الإجارة شروط انعقاد، وهي ما يجب توفره في كل عقد معاوضة، وهي ما علاقتها بالإيجاب والقبول وأهلية المتعاقدين والشيء المعقود عليه، والتي يترتب على افتقادها بطلان العقد.

وأما شروط الصحة فهي:

١ ـ معلومية المنافع:

فقد اشترط لصحة عقد الإجارة أن تكون المنافع معلومة.

ومعلومية المنافع متنوعة:

(أ) منها ما يعلم بذكر مدة الإجارة كسكن الدار وزرع الأرض، مدة معلومه ولأنه بذكر المدة تصير المنافع معلومة.

(ب) ومنها ما يعلم بالتسمية كصباغة الثوب وخياطته، وإجارة الناقلة لحمل شيء معلوم، أو الركوب لمسافة معلومة محدودة.

(ج) ومنها بالاشارة، كما في حمل شيء معروف لديه إلى وضع معلوم يحمله إليه وبالاشارة إليه تصير المنافع معلومة[2].

---

(١) محاسن الإسلام/٩٠ بتصرف.

(٢) الاختيار ج ٢/٥٤، شرح منلا مسكين ج ٢/١٤٧.

٢ ــ معلومية المدة:

ولصحة عقد الاجارة يشترط أن تتحد مـدة الاجارة، وعلى هذا كافة أهل العلم[1].

وحيث أن الإجارة على نوعين اثنين، اجارة على المدة وإجارة على العمل وجب تبيان اشتراط المدة في كل من النوعين.

فإن كان المستأجر مما له عمل كالإنسان أو الحيوان، جاز فيه أن يكون العقد على العمل، وجاز أن يكون على المدة.

وإن لم يكن له عمل، كالدار والأرض، لم يجز العقد إلا على المدة. ومتى تقدّرت المدة لم يجز التقدير على العمل، وبهذا قال كل من الحنابلة وأبي حنيفة والشافعية.

وذلك لكون الجمع بينهما يزيدها غرراً، فقد يفرغ من العمل منها قبل انقضاء المدة، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد.

وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة.

وقد لا يفرغ من العمل في المدة، فإن أتمه عمل في غيره المدة، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد، وهذا غرر ينبغي التحرز منه[2].

وعند صاحبي أبي حنيفة، فبالإمكان الجمع بينهما، كمن استأجر خبّازاً لينجز له عشرين كلغ من الدقيق في اليوم بدرهم.

فهو فاسد عنده، جائز عندهما، لأنه يجعل المعقود عليه العمل، وذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة.

وعنده أن المعقود عليه مجهولٌ، وهو مفضي إلى التنازع، ولهـذا لا يجوز[3].

---

(١) انظر: المغني ج ٣٤٨/٥، شرح منلا مسكين ج ١٢٧/٢.

(٢) نفس المرجع.

(٣) الهداية ج ٢٤٢/٣.

تحديد مدة الاجارة:

إبعاداً للفساد عن العقد، فقد اشترط أن تكون المدة محدّدة بينة واضحة كشهر أو سنة، ولا خلاف في هذا[1].

وليس هناك من مدة قصوى للمدة، بل تجوز وإن كثرت ما دامت العين باقية وهو قول كافة أهل العلم، سوى ما ورد من قول للشافعي من أنه لا يزاد على سنه وفي قول ثلاثين سنة[2].

ووجهة لما عليه الكافة: العمل بالغالب في بقاء تلك العين ولو مائة سنة وأكثر ولا فرق بين طول المدة وقصرها.

ووجهة الثاني في أن العين قد تتغير بعد مضي سنة.

ووجهة الثالث أن الثلاثين سنة هي التي ينهي إليها آمال الناس في العيشة إليها في طول الأمل وقصره غالباً.

فالخلاف مبني على مراعاة أحوال الخلق غالباً، ومما يقوي حجة المحددين: بأن الأعيان لا تبقى أكثر منها، وأن الأسعار تتغير وكذلك الأجر.

ومما يقوي حجة الكافة أن ما جاز على سنة جاز بأكثر منها.

والتقدير بسنة تحكم لا دليل عليه، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه[3].

والراجح ما ذهب إليه الكافّة[4].

وأما أول مدة العقد، فقد اختلف فيها.

فذهب الحنفية إلى أن أول المدة ما قد سمّى إن سمّى، كأول شهر كذا،

---

(١) المغني ج ٥/٤٣٥، أسهل المدارك ج ٢/٣٢٦.

(٢) المغني ج ٥/٤٣٥، الحاشية ج ٥/٤٠، مغني المحتاج ج ٢/٣٤٩، الميزان الكبرى ج ٢/٩٨.

(٣) الميزان الكبرى ج ٢/٩٨.

(٤) نفس المرجع السابقة، المبسوط ج ١٥/١٣٢.

وإن لم يسم فأوّلها وقت العقد أي تاريخه (١).

وهو قول مالك(٢).

وذهب الشافعي إلى أنه لا يصح العقد إذا كان أول المدة مجهولاً أو أن أوله متراخي عن وقت العقد.

والجمهور على صحته سواء حدد أوله أم لا، أو أن أوله قد تراخى عن وقت العقد.

فإذا كان أوله مجهولاً، فإن أوله وقت العقد، وهو اتفاق بين الحنفية والمالكية والحنابلة وإن كان محدداً لكنه متراخي، فأوله ما قد حدّد.

وأما الشافعي لم يصحح منه إلا ما كان أوله محدد بوقت العقد، وإلا فلا، ولأن فيه غرراً(٣).

٣ ـ الأجرة:

يشترط في الأجرة في عقد الإجارة أن تكون من النقد، أي الدراهم والدنانير، أو المكيل أو الموزون.

وكل ما صلح ثمناً في البيع صح أن يكون أجرة في الإجارة، وكذلك الأعيان كالثياب والأواني والدواب، ونحوها من الأعيان، وإن كانت لا تصلح أن تكون ثمناً في البيع فإنها لا تصلح أن تكون أجرة في الإجارة(٤).

وكذلك يصلح للأجرة المنفعة المختلفة عن جنس منفعة الإجارة.

وأما إذا كانت الأجرة هي منفعة مثل منفعة الاجارة، كسكنى دار بسكنى دار أخرى، وركوب سيارة بركوب سيارة أخرى، فعند الحنفية لا يصح عقد الاجارة، نظراً لوجود ربا النَسَّاء، ومن هذا استئجار الأرض للزراعة بزراعة

---

(١) الحاشية ج ٣٢/٥.
(٢) بداية المجتهد ج ٢٣٩/٢.
(٣) نفس المرجع.
(٤) انظر: شرح منلا مسكين ج ١٤٧/٢، الهداية ج ٢٣١/٣، الاختيار ج ٥١/٢.

أرض أخرى، وصح استئجار سكنى دار بزراعة أرض[1].

وحجة الحنفية: أنه اذا إتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه فيحرم نسيئة وبالجنس يحرم النساء، وبخلاف ما إذا اختلف الجنس.

والمنافع في حكم الأعيان، دون الديون، لأنها لو كانت في حكم الدين لم يجزمع اختلاف الجنس، فالدين بالدين حرام وإن اختلف الجنس.

ولأن الدين يثبت في الذمّة، والمنافع لا تثبت في الذمّة، والمحرّم الدين بالدين ولكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس، وبالجنسية يفسد العقد، أي عند اتفاق الجنس.

ويستدل على هذا: أن جواز عقد الإجارة للحاجة، فإنما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة، وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك، لأنه كان متمكناً من السكن قبل العقد، ولا يحصل له بالعقد إلا ما كان متمكناً منه باعتبار ملكه.

فأما عند اختلاف الجنس، الحاجة متحققة، وبالعقد يحصل له ما لم يكن حاصلاً قبله[2].

وهو قول جمهور الفقهاء أي جواز أن تكون الأجرة منفعة، ودون اشتراط لها بأن تكون من غير جنس المنفعة، بل جازت حتى ولو كانت من نفس منفعة الإجارة[3].

وعند الجمهور: أن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين، لأنه يكون بيع دين بدين[4].

وكما سبق، فالحنفية لم يعتبروه ديناً بدين، لأن المنافع لا تثبت في

---

(١) نفس المرجع، تبيين الحقائق للزيلعي ج ١٠٥/٥.

(٢) المبسوط ج ١٣٢/١٥.

(٣) المغني ج ٤٤١/٥، أسهل المدارك ج ٣٤٠/٢.

(٤) نفس المرجع.

الذمّة. وإذا كانت الأجرة من نفس الشيء المؤجّر، كإجارة الأرض بما ينبت فيها ويخرج منها، فذهب الجمهور إلى الجواز بكل ما أنبتته الأرض وبغير ذلك من الأطعمة والمأكولات كما يجوز بالذهب والفضة والعروض.

وذهب الإمام مالك إلى عدم جواز إجارة الأرض بما ينبت فيها ويخرج منها ولا بغيره من المأكولات(١).

فسخ الإجارة:

جمهور الفقهاء على أن عقد الإجارة عقد لازم.

فاتفق الفقهاء على أنه ينفسخ بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة(٢).

واختلفوا فيما عدا هذا، من وجود العذر الطارىء وموت أحد المتعاقدين.

فذهب الجمهور من القائلين به إلى أنه لا ينفسخ إلا بما قد تقدّم من وجوب العيب أو ذهاب محل استيفاء المنفعة.

وذهب الحنفية إلى انفساخه بالعذر الطارىء على المستأجر، مثل أن يكري دكاناً يتجر فيها فيحترق متاعه أو يسرق.

وحجة الحنفية أنهم شبّهوا ذهاب ما به إستيفاء المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة.

وحجة الجمهور قوله تعالى: ﴿وأوفوا بالعقود﴾ لأن الكراء عقد على منافع أشبه النكاح، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ(٢).

وذهب الحنفية إلى انفساخه بموت أحد المتعاقدين عقد لنفسه لا لغيره، فلو عقدها لغيره، لا تنسفخ بموته(٣).

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٤٠، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (هامش الميزان الكبرى ج ١/٢٢٣).

(٢) بداية المجتهد ج ٢/٢٤٠.

(٣) الحاشية ج ٥/٥٢.

واعتبروا الموت نقلة لأصل الرقبة المكنراة من ملك إلى ملك، فوجب أن يبطل، وكذلك الإجارة بالنكاح إذ كلاهما استيفاء منافع، والنكاح يبطل بالموت؛ ومما يقوي حجتهم بأن الأجرة تستحق جزاءً فجزء بقدر ما يقبض من المنفعة. والميت لا يثبت عليه دين بعد موته.

وذهب الجمهور إلى عدم انفساخه بالموت لأنه عقد معاوضة، كالبيع، وتفسخ الإجارة عند الحنفية بالقضاء أو الرضى، وبخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب[1].

وقت استحاق الأجرة:

إذا سميا أجرة معلومة، فإما أن يشترطا تعجيل الأجرة أو لا، أو أنهما لم ينصا على تأجيلها.

فمذهب كل من الشافعية والحنابلة استحقاق الأجرة بنفس العقد.

فإذا سلّم المؤجر العين المستأجرة إلى المستأجر استحق عليه كامل الأجرة، لأنه قد ملك المنفعة بعقد الإجارة، ووجب تسليم الأجرة ليلزم تسليم العين إليه[2].

ومذهب الحنفية والمالكية أن الأجرة تستحق جزءاً فجزء كلما استوفى منفعة جزء استحق أجرته[3].

واحتج الحنفية ومن معهم بقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾[4].

ووجهة الاستدلال: أنه أمر بإيتائهن بعد الارتفاع.

وبقوله ﷺ «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفّه أجره..» فتوعد على الامتناع من دفع الأجرة بعد العمل، فدلّ

---

(١) الحاشية ج ٥، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة هامش الميزان الكبرى ج ٢/٢٢١.

(٢) بداية المجتهد ج ٢/٢٤١.

(٣) بداية المجتهد ج ٢/٢٤١، المغني ج ٥/٤٤٣.

(٤) سورة الطلاق، الآية: ٦٦.

هذا على أنها حالة الوجوب.

واستدلوا أيضاً بـ: أن المنفعة عوض ولم يملك عوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد(1).

وأيضاً يستدل بورود النصوص على وجوب الاعلام بالأجير، دون الوجوب في الأداء بداية، «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» وأنه لا يجب تسليم الأجرة بنفس العقد لأنه أمر بالاعلام، ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الأولى أن يقول: فليؤته أجره. وفي قوله ﷺ «اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» أمر بالمسارعة إلى أداء الأجرة وجعل أول أوقات المسارعة ما بعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق، فدل على أن وقت الوجوب هذا(2).

واستدل القائلون بالاستحقاق بنفس العقد بما يلي:

١ ـ أن الأجرة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد، كالثمن والصداق.

٢ ـ عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد.

٣ ـ وأما ما استدل به من الآيات فهو على حد قوله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ أي إذا أردت القراءة.

٤ ـ الصداق يجب قبل الاستمتاع(3).

وعند الشرط على أدائه في وقت معين، فيلزم حسب الشرط. وإن شرطه، شيئاً فشيء، كشهر عقب شهر أو أقل من ذلك أو أكثر، فهو على ما اتفقا عليه(4).

□□□

---

(١) المغني ج ٥/٤٤٣، المبسوط ج ١٥/٧٦.

(٢) المبسوط ج ١٥/٧٦.

(٣) المغني ج ٥/٤٤٤.

(٤) نفس المرجع، الحاشية ج ٥/٣٨، بداية المجتهد ج ٢/٢٤٦.

ما يجوز الإستئجار عليه من المنافع

حتى تصح الإجارة يشترط أن تكون المنفعة من جنس ما لم ينه الشرع عنه واتفقوا على إبطال إجارة كل منفعة كانت لشيء محرم العين.

وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع، مثل أجر النوائح والمغنيات. واتفقوا على إبطال إجارة كل منفعة كانت من باب الفروض العينية على الإنسان بالشرع، كالصلاة والصيام ونحوه[1].

وقالت الحنفية: الأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا لقوله عليه السلام: «اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به» وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عمرو بن أبي العاص: وإن إتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً» ولأن القربة متى حصلت وقعت على العامل، ولهذا تتضمن أهليته فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره، كما في الصوم والصلاة والأذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه[2].

وهذا عند المتقدمين من الحنفية، بناء على ما شاهدوه في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة، ومروءة المتعلمين في مجازات الإحسان بالإحسان من غير شرط.

وأما فيما بعد فقد انعدم المعنيان، تعليماً وتعلماً، فأجازوا ــ المتأخرون ــ الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب[3] وهذا ما عليه الفتوى[4].

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٤٠.
(٢) المبسوط ج ١٦/٣٧، الحاشية ج ٥/٣٤.
(٣) المبسوط ج ١٦/٣٧.
(٤) الحاشية ج ٥/٣٤.

وقد اتفقت كلمتهم جميعاً على التعليل بالضرورة، وهو خشية ضياع القرآن. وإن كان الأصل في المذهب عدم الجواز وهو رأي الإمام أحمد[1].

وذهب الجمهور إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن الكريم، وقاسوه على سائر الأفعال واحتجوا بما يلي: «عن خارجة بن الصلت عن عمّه: أنه أتى النبي ﷺ ثم أقبل راجعاً من عنده، فمرّ على قوم عندهم رجلٌ مجنون موثق بالحديد فقال أهله: إنا قد حدثنا أن صاحبكم هذا قد جاء بخير، فهل عندك شيء تداويه؟ قال: فرقيته بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام كل يوم مرتين فبرأ، فأعطوني مائتي شاة فأتيت النبي ﷺ فأخبرته، فقال: خذها فلعمري من أكل برقية باطل فقد أكلت برقية حق»[2].

وبما قد صحّ من أن النبي ﷺ زوّج امرأة رجلاً على أن يعلمها سوراً من القرآن.

وبما قد رُوي عن ابن عباس «أن نفراً من أصحاب النبي ﷺ مرّوا بماء فيهم لديغٌ أو سليم، فعرض لهم رجلٌ من أهل الماء فقال: هل فيكم من راق، فإن في الماء رجلاً لديغاً أو سليماً، فانطلق رجلٌ منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاه، فجاء بالشاه إلى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا: أخذت على كتاب الله أجراً، حتى قدموا المدينة فقالوا: يا رسول الله أخذ على كتاب الله أجراً، فقال رسول الله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله»[3].

وكذلك بما ثبت من رقية النفر من أصحاب النبي ﷺ لسيد حي نزلوا عليهم، حيث امتنعوا عن ضيافتهم، ومرض سيد الحي فطلب قومه من الصحابة برقيته فقبلوا واشترطوا عليه قطيعاً من الغنم، فرُقي وشفي بهذه الرقية، وتقرير النبي ﷺ لهم على ما أخذوه على الرقية.

ومما يقوي حجة المانعين: ما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اقرؤوا

---

(١) نيل الأوطار ج ٥/٣٢٤.

(٢) رواه أحمد وأبو داود.

(٣) رواه البخاري.

القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به»[1] وقوله ﷺ «اقرؤوا القرآن واسألوا الله به، فإن من بعدكم قوماً يقرؤون القرآن يسألون به الناس»[2].

وما ورد عن أُبيّ بن كعب قال «علّمت رجلاً القرآن فأهدى لي قوساً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: إن أخذتها أخذت قوساً من نار، فرددتها»[3].

وكذلك قوله ﷺ لعثمان بن أبي العاص «لا تتخذ مؤذناً يأخذ على أذانه أجراً»[4].

وقالوا: فيما ورد من أخذ الأجرة على الرقى، بأن هذا خاص بهما، وسواء كان الرقى بالقرآن أم بغيره، لأنه من باب العلاجات، وليس واجباً على الناس. وأما تعلم القرآن فهو واجب على الناس[5].

قال ابن عابدين: وما أطبق عليه أئمتنا ــ الحنفية ــ متوناً وشروحاً وفتاوى ولا ينكر ذلك إلا مكابر أو جاهل لا يفهم كلام الأكابر، وما استدل به بعض المحدثين على الجواز بحديث البخاري في اللديغ فهو خطأ، لأن المتقدمين المانعين للاستئجار مطلقاً جوزوا الرقية بالأجرة ولو بالقرآن، كما ذكره الطحاوي لأنها ليست عبادة محضة بل من التداوي»[6].

وأما الإجارة على المعاصي، فبالإتفاق أنه لا تصح إجارة كل منفعة كانت لشيء محرّم العين، كالخنزير، وكل منفعة محرّمة بالشرع، كالاستئجار على النجش وأجرة النائحة والمغنية[7].

---

(١) رواه أحمد.

(٢) رواه الترمذي.

(٣) رواه ابن ماجه.

(٤) رواه أبو داود وابن ماجه.

(٥) بداية المجتهد ج ٢/٢٤٠.

(٦) الحاشية ج ٥/٣٧.

(٧) بداية المجتهد ج ٢/٢٤٠، المبسوط ج ٦/٣٧، الحاشية ج ٥/٣٤، نيل الأوطار ج ٥/٣٢٣ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ج ١/٢٢٢.

ولا يجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو، لأنه معصية والاستئجار على المعاصي باطل.

ونص ابن قدامة على ما لا تجوز إجارته فقال ما مفاده:

١ ـ كل ما لا يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب، والشمع ليشعله فإنه لا تجوز ولا تصح إجارته، لأن الإجارة عقد على المنافع، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها.

٢ ـ كل ما منفعة محرّمة كالزنا والزمر والنوح والغناء، فلا يجوز الإستئجار عليه ولفعله، وهو قول العامة وأهل العلم.

لأنه محرّم فلم يجز الإستئجار عليه كالإجارة على الزنا وشرب الخمر.

٣ ـ ما يحرم بيعه فلا تجوز إجارته، سوى الحر والوقف وأم الولد والمدبر، فإن هذه الأربع، يحرم بيعها وتصح إجارتها.

ويتفرع على هذا القسم أنواع هي:

١ ـ ما لا يقدر على تسليمه كالبهيمة النادّة.

٢ ـ مما لا نفع فيه كسباع البهائم، أو الطير التي لا تصلح للإصطياد. الكلاب والخنازير ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز له إجارته فجازت إجارته له كغيره.

٣ ـ ما لا يقدر على تسليم منفعته.

٤ ـ ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك، إلا أن يؤجر الشريكان معاً، وهو قول الإمام أبي حنيفة.

وعند مالك والشافعي وصاحبي أبي حنيفة، وهو قول لأحمد، الجواز لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز، ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع.

٥ ـ كل منفعة غير مرعية في الشرع، كاستئجار سيارة لينظر إليه أو رغيف خبز لينظر إليه، لا يجوز الإجارة عليها، لأنه بذل للمال دون منفعة وهو

سفه وأخذه أكل مال بالباطل[1].

مسائـل إفراديـة

١ ـ استوفى المستأجر المنافع المعقود عليها، استقر الأجر لأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما في المبيع.

٢ ـ سلمت العين المستأجرة إلى المستأجر ودون حـاجز يمنعـه من الانتفاع بها ومضت المدة.

استقر عليه الأجر وإن لم ينتفع بالمعقود عليه، لأنه تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع إذا تلف في يده المشتري.

وهو مذهب كل من الحنابلة والشافعية، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري كما لو كانت الإجارة على مدة فمضت.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفي المنفعة، لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن، فلم يستقر بدلها قبل استيفائها.

□□□

---

(1) المغني ج ٥/٥٤٩ وما بعدها.

المساقاة(*)

المساقاة في اللغة من سقي الزرع، وهي بضم الميم.

وفي الإصطلاح: أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره[1].

مشروعيتها:

ذهب جمهور العلماء إلى جوازها، ومنهم: مالك والشافعي والثوري وصاحبا أبي حنيفة وأحمد وداود.

وذهب أبو حنيفة إلى عدم جوازها.

حجة الجمهور:

إحتج الجمهور على جواز المساقاة بحديث ابن عمر الثابت: «أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر أرضها على أن يعملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها»[2].

وفي بعض الروايات «أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة» وبما رُوي من طريق سعيد بن المسيّب: أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر «أقركم على ما أقركم الله على أن التمر بيننا وبينكم»[3].

(*) وضع كل من المساقاة والمزارعة والمحاقلة هنا، نظراً لما يوجد بينها وبين الاجارة من تناسب في بقاء ملكية العين على ذمة صاحبها.

(١) معجم لغة الفقهاء.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه مالك.

وقالوا: إن المساقاة مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق، ومن الإجارة المجهولة.

وحجة أبي حنيفة: أن الأصل في مثل هذه المعاملة عدم الجواز، وأنه عقد على شيء مجهول، والجهالة مدعاة الفساد.

وأن الآثار الواردة بالجواز، وهي مخالفة للأصول، ومع أنه حكم مع اليهود واليهود يحتمل أن يكون أقرّهم على أنهم عبيد، أو على أنه أهل ذمة. وما أخذه فهو له، وما تركه فهو له.

محل المساقاة:

اختلف القائلون بصحة المساقاة، في محل المساقاة وفي أي شيء تصح، فذهب البعض إلى أنها لا تصح إلا في النخيل فقط، لأنها ثبتت من باب الرخصة، فوجب ألا يتعدى بها محلها الذي جاءت به السنة.

وذهب الشافعي إلى صحتها في كل من النخيل والكرم فقط، محتجاً من قبل المساقاة هو بالخرص(*)، وقد جاء الأثر بالخرص في النخل والكرم، وإن كان في الزكاة، فقاس المساقاة على الزكاة.

وذهب المالكية إلى صحتها في كل أصل ثابت كالرمّان والتين والزيتون وما أشبه ذلك ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع.

واحتج مالك بإعتبار سبب الجواز، وهو الحاجة والمصلحة، وهو يشمل الجميع فيقاس عليه.

ما تنعقد عليه:

إتفق القائلون بصحتها على أنها تنعقد على أي جزء يتفق عليه الطرفان من أجزاء الثمر، كالربع أو الثلث أو الخمس، ونحوه من قليل أو كثير.

الوقت المحدد للمساقاة:

الوقت في المساقاة صنفان اثنان، هما:

١ ــ وقت هو مشترط في جواز المساقاة.

(*) الخرص: هو تخمين ما على النخل من الرطب تمراً.

٢ ــ وقت هو شرط في صحة العقد.

أما الأول ــ الذي هو شرط في مدة المساقاة ــ فالجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولاً ويعني: أن المدة يجب أن تكون محددة مؤقتة، نظراً لما يدخل من عدم التأقيت من الغرر، وقياساً على الإجارة.

وأما الثاني ــ الذي هو شرط في صحة العقد ــ فقد اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح، واختلفوا في جوازها بعد بدو الصلاح، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح.

وقال سحنون من أصحاب مالك: لا بأس بذلك.

ونقل عن الشافعية قولان: مرة بالجواز، ومرة بعدم الجواز.

وعمدة الجمهور: أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة.

وحجة من أجازها: أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز.

صفة العمل الواجب على المساقي:

فقد اتفق العلماء القائلون بالجواز، على الجملة على أن الذي يجب على العامل هو السقي والإبار، واختلفوا في سواها.

فالمنطلق العام لدى الشافعي: أن كل ما هو من جنس ما يؤثر في زياد الثمر هو عليه. والمنطلق العام لدى أصحاب مالك: أن العمل صنفان، صنف من العمل له تأثير في إصلاحها وصنف من العمل لا تأثير له في إصلاح الثمرة.

وما له تأثير، منه ما يتأبد ويبقى مع الثمر، ومنه ما لا يبقى بعد الثمر.

فأما ما يبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد، مثل: انشاء حفر بئر أو إنشاء غرس، أو إنشاء بيت يجني فيه الثمر.

وأما ما لا يبقى بعد الثمر فهو لازم بنفس العقد، وذلك مثل الحفر

والسقي وتقليم الشجر والجذاذ، وما أشبه ذلك.

وأما ما لا تأثير له في إصلاح الثمر، فلا يدخل في المساقاة، لا بنفس العقد ولا بالشرط[1] وهذا توجيه مفيد وواضح، ولعلّه هو الراجح.

□□□

---

(١) انظر: بداية المجتهد ج ٢/٢٦٧.

المزارعة

المزارعة من زارع، بضم الميم، على وزن مفاعله.

وفي الاصطلاح: هي دفع الأرض إلى من يزرعها على أن يكون الزرع بينهما[1].

مشروعيتها:

ذهب الأكثرون من الفقهاء إلى جواز وصحة المزارعة، وهو قول فقهاء المحدثين وصاحبي أبي حنيفة، وأحمد وآخرين.

وتجوز مجتمعة مع المساقاة ومنفردة.

وقال الشافعي: تجوز تبعا للمساقاة، فيساقيه على الشجر ويزارعه على الأرض.

وقال مالك: لا تجوز المزارعة، لا منفردة ولا تبعاً، إلا ما كان من الأرض بين الشجر.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: المزارعة والمساقاة فاسدتان، سواء جمعهما أو فرّقهما. والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، وذلك لما ثبت من حديث خيبر «من ثمر وزروع» ولا تقبل دعوى كون المزارعة في خيبر إنما جازت تبعاً للمساقاة، بل جازت مستقلة، ولأن المعنى المجوّز للمساقاة موجود في المزارعة قياساً على القراض فإنه جائز بالإجماع، وهو كالمزارعة في كل شيء.

ولأن المسلمين في جميع الأمصار والأعصار مستمرون على العمل

(١) معجم لغة الفقهاء.

بالمزارعة أما الأحاديث الناهية عن المخابرة فهي محمولة على ما إذا شرط لكل واحد قطعة مخصصة من الأرض[1].

المحاقلـــة

المحاقلة على وزن مفاعلة من الحقل، وهو الزرع إذا تشعّب قبل أن تغلظ سوقه، وقيل: الحقل: الأرض التي تزرع.

وفي الاصطلاح: كراء الأرض بجزء مما يخرج منها[2].

مشروعيتها:

اختلف السادة العلماء في صحة وجواز المحاقلة إلى أقوال عدة، هي:

١ ــ لا يجوز ــ أي كراء الأرض ــ بكل حال، سواء أكراها بطعام أو ذهب وفضة أو بجزء من زرعها لاطلاق حديث النهي عن كراء الأرض، وهو قول كل من طاووس والحسن البصري.

٢ ــ يجوز كراؤها بالذهب والفضة والطعام وسائر الأشياء، وسواء كان من جنس ما يزرع فيها أو من غيره.

لكن لا يجوز بجزء مما يخرج منها كالثلث والربع، ولا اختصاصه بقطعة معينة منها وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وكثيرين.

٣ ــ يجوز بالذهب والفضة وغيرهما سوى الطعام، وهو قول مالك.

٤ ــ يجوز إجارتها بالذهب والفضة وسائر الأشياء وسواء أكان من جنس ما يزرع فيها أم من غيره، وبالثلث والربع وغيرهما، وهو الراجح من الأقوال. كما قد ذهب إلى هذا الإمام النووي رحمه الله[3].

●●●

(١) انظر: أحاديث تطبيقية في المعاملات للدكتور نور الدين عتر/٢١٦.
(٢) معجم لغة الفقهاء.
(٣) أحاديث تطبيقية في المعاملات.

الفصل الرابع

في الشركات

فـي
الشركـات

التعريف بالشركة:

الشـركة في اللغـة بكسر الشين وسكـون الراء، وحكي بفتـح الشين وسكون الراء وكسرها.

يقال: شاركه أي صار شريكه، واشتركا في كذا وتشاركا.

ويقال: شركه في البيع والميراث يشركه مثل علمه بعلمه.

ومنه قوله تعالى: ﴿وأشركه في أمري﴾[1] أي اجعله شريكي فيه[2].

ويقال: شارك أحدهما الآخر تشاركاً، وشركه في البيع والميراث كعلمه بشركة بكسر الشين[3].

وهي اسم المصدر، والمصدر «الشرك» مصدر شركت الرجل أشركـه شركة وهي عبارة عن خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما، وكانت خلطاً لا اختلاطاً، لأنها فعل الإنسان، وفعله الخلط.

وأما الاختلاط فصفة ثبوت، أي ثبتت دون فعلهما، ولا اسم من المادة[4] وتساهل البعض فقال فيها: اختلاط النصيبين[5].

وعرّف صاحب العناية على الهداية، فقـال: هي عبارة عن اختـلاط

---

(١) سورة طه، الآية: ٣٢.

(٢) مختار الصحاح مادة شرك.

(٣) القاموس المحيط مادة شرك.

(٤) فتح القدير ج ١٥٢/٦.

(٥) نفس المرجع.

نصيبين فصاعداً بحيث لا يُعرف أحد النصيبين من الآخر[1].

ثم سمّي العقد الخاص بها بهذا الإسم ـ الشركة ـ وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له.

وعرّفها الشافعية بثبوت الحق في شيء لإثنين فأكثر على جهة الشيوع»[2]، وكما أن الحنابلة عرفوها بالاجتماع في استحقاق أو تصرف»[3].

وسائر التعريفات في الشركة تدلّ على معلم بارز فيها، وهو الخلط والإختلاط بين طرفين فأكثر، وسواء كان عن طريق القصد والإرادة منهم، أو كان بغير قصد منهم وإرادة كالإختلاط الوارد في الميراث والإختلاط الوارد في شراء مشترك فيما بينهم.

حكم الشركة:

الشركة جائزة شرعاً، ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فكما في قوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾[4]. وقوله تعالى: ﴿وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم﴾[5]. وقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾[6] والآية واضحة وكذلك ما قبلها، على الشركة في نسبة معينة. في الأولى على نسبة معينة في الميراث، وفي الثانية: ذكر الخلطاء، أي المشتركين والشركاء، وفي الثالثة: أن خمس الغنيمة نسبة توزع على من نصت عليهم الآية.

---

(١) العناية على الهداية الفتح ج ١٥٢/٦.
(٢) مغني المحتاج ج ٢١١/٢.
(٣) المغني ج ٣/٥.
(٤) سورة النساء، الآية: ١٢.
(٥) سورة صّ، الآية: ٢٤.
(٦) سورة الأنفال، الآية: ٤١.

وأما السنّة فهي كثيرة، ومنها:

ما رُوي عن السائب بن السائب أنه قال للنبي ﷺ: «كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك، لا تداري ولا تماري»[٤]، وفي رواية عن مجاهد عن السائب: أن النبي ﷺ شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه، فقال عليه الصلاة والسلام: «مرحباً بأخي وشريكي، كان لا يداري ولا يماري، يا سائب قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية، لا تقبل منك. وهي اليوم تقبل منك»[٢].

وما رُوي أن النبي ﷺ قال: «يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه، خرجت من بينهما»[٣].

والمراد: أنه سبحانه معهما بالحفظ والصيانة، فأمدهما بالمعونة في أموالهما، وأنزل البركة في تجارتهما، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما.

والمسلمون مجمعون على جواز ومشروعية الشركة على الجملة، وإن إختلفوا في أنواع منها[٤].

وفضلاً عمّا مضى، فإنها ثابتة بالتوارث والتعامل فيها من لدن رسول الله ﷺ، ودون إنكار، فقد بعث الرسول ﷺ والناس يتعاملون بها فأقرهم عليه، وتعاملها الناس وبصورة مستمرة[٥].

الشركة بين المسلم وغير المسلم:

ذهب البعض إلى جواز مشاركة المسلم اليهودي والنصراني، شرط ألا يخلو هؤلاء بالمال دون المسلم، بل المسلم هو الذي يلي مال الشركة، لأن غير

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم.
(٢) رواه أحمد.
(٣) رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده.
(٤) فتح القدير ج ١٥٢/٦، المغني ج ٣/٥، مغني المحتاج ج ٢١١/٢.
(٥) نفس المرجع.

المسلم يعمل بالربا؛ وهو قول الحنابلة، وقول الظاهرية شرط أن يلتزم الذمي من البيع والتصرف ما يحل للمسلم (١).

وبه قال أبو يوسف من الحنفية، لكن مع الكراهة، لأنه عادة لا يهتدي إلى الجائز من العقود، ولا يحترز من الوقوع في الربا، فيكون سبباً لوقوع المسلم في الحرام (٢).

وذهب كل من الشافعية والحنفية إلى عدم جواز مشاركتهم، لما قاله ابن عباس رضي الله عنهما: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي». ولم يعرف له مخالف من الصحابة، ولكون مال اليهودي والنصراني غير طيّب، فإنهم يبيعون الخمور ويتعاملون بالربا فمتعت معاملتهم (٣).

واحتج القائلون بالجواز بما يلي:

١ ـ ما رُوي عن عطاء قائلاً: «نهى النبي ﷺ عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم»(٤).

ولأن العلة في كراهة ما خلوا به: معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير وهذا غير موجود فيما يحضره المسلم أو وليه.

وعلى هذا يحتمل قول ابن عباس، فضلاً عن كونه قولاً واحداً، ولم يثبت انتشاره فيهم.

وما احتج به المانعون، من أن أموالهم غير طيبة، لا يصح لأن النبي ﷺ قد عاملهم، ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لأهله، وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة، وقد أضافه يهودي بخبز وإهالة سنحة. والنبي ﷺ لا يأكل ما ليس بطيب.

---

(١) المغني ج ٥/٥، المحلى ج ١٢٤/٨.
(٢) فتح القدير ج ١٥٢/٦.
(٣) نفس المرجع، مغني المحتاج ج ٢١٢/٢.
(٤) رواه الخلال.

وأما ما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم، فثمنه حلالٌ لاعتقادهم حلّه.

وأما ما يبيعه أو يشتريه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة، فإنه يقع فاسداً، وعليه الضمان.

لأن عقد الوكيل يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير[1].

وهذه الأحكام خاصة بالكافر الذمي من أهل الكتاب، وأما ما عداهم من الكافر الحربي وإن كان من أهل الكتاب[2]، وبشيء من التفصيل يذكر عند كل نوع من أنواع عقود الشركة.

□□□

---

(١) المغني ج ٥/٤.

(٢) فتح القدير ج ٦/١٥٩، مغني المحتاج ج ٢/٢١٣.

أقسام الشركة

تنقسم الشركة من حيث ما تقع عليه إلى قسمين اثنين، هما:

الأولى: شركة أملاك (العين).

الأخرى: شركة عقود.

القسم الأول ـ في شركة الأملاك:

وتعرف بأن يملك متعددٌ اثنان فصاعداً عيناً أو ديناً بأي سبب كان جبرياً، كالميراث، أو اختيارياً كالشراء.

وهذا القسم من الشركة يقوم على:

١ ـ إختلاط المالية بحيث لا يتميز أحدهما. ويشترط في صحة هذا القسم أن يكون الشيء قابلًا للشركة، وما لا يقبل الشركة، لا يكون فيه شركة، كالنكاح والمباحات.

ما تكون فيه شركة الملك:

تحصل شركة الملك بأي سبب من أسباب الملكية، وسواء كان السبب جبرياً كالميراث حيث لا خيار له في قبوله أو رفضه؛ أو اختيارياً، كأن يشترك اثنان فما فوق بشراء سلعة، بصورة نسبية فيما بينهم، كأن يشتري واحدٌ الربع والثاني النصف والثالث الربع، وهكذا ودون تحديد لحيز كل واحد منهم.

وقد تحصل الشركة بأن يختلط مالهما من غير صنع أحدهما، كأن ينفتق الكيس من القمح لأحدهما، وكذلك الآخر، ويتداخلان فيما بينهما، فيختلطا.

وإذا كانت الشركة بينهما من الابتداء، بأن اشتريا حنطة أو ورثاها،

كانت كل حبة مشتركة بينهما، فبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي.

وإذا كانت بالخلط أو بالإختلاط، فإن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما، ليس للآخر فيها شركة.

فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلّم[1].

كيفية الانتفاع فيما بين الشركاء:

إذا طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، وجبت القسمة فيما بينهم، بحيث يفرز لكل واحد نصيبه ويتميز.

والقسمة مشروعة وثابتة، كما في قوله تعالى حكاية عن صالح عليه السلام قومه: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾[2] أي غير شائع ولا مشترك بل لهم يوم وللناقة يوم.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى﴾[3] وهي أيضاً ثابتة بالسنة، فقد باشرها ﷺ في قسمة الغنائم أي فرزها، وقطع الشركة فيها، وكذلك القسمة في المواريث. ومسألة القسمة إجماع.

وخاصة أن الحاجة ماسة إليها نظراً لحق المشترك في أن ينتفع بملكه، وقد لا يمكنه إلا بالقسمة، فكان مطلوباً الإجابة إلى طلبه ما دامت القسمة ممكنة.

وحتى تصح القسمة فيشترط عدم فوت المنفعة، وإلا فلا تصح كما في حائط مشترك أو رأس غنم، أو سيارة، إلا إذا رضوا بهذا فآنذاك لا مانع.

---

(١) فتح القدير ج ١٥٣/٦، الحاشية ج ٣٢٢/٥.
(٢) سورة القمر، الآية: ٢٨.
(٣) سورة النساء، الآية: ٨.

وحكم القسمة بمعنى الأثر المترتب عليها.

تعيين نصيب كل واحد من الشركاء على حدة، كما في صورة الإفراز والتمييز، وكما في صورة المبادلة، كدفع تعويض له مقابل نصيبه. والافراز غالب في المثلي، والمبادلة غالبة في القيمي، كما في الحيوان والعقاريات والسيارات.

وإذا امتنع واحد منهم عن القسمة فيما يتفاوت، فإن كانت في متحد الجنس كالغنم والسيارات ذات النموذج الواحد، فيجبر عليها.

وإذا إختلف الجنس، فلا يجبر على القسمة، كالإبل مع العقار، أو القماش مع السيارات ونحو ذلك، لتعذر المبادلة فيه للتفاوت الفاحش بينهما في المقصود.

وإن تعذرت القسمة، كما في دار مشتركة لا تتجزأ منفعتها، فإنها تتحول إلى المهايأة.

التعريف بالمهايأة:

المهايأة على وزن مفاعله من تهايأ، والتهايؤ تفاعل منها، وهو أن يتواضعوا علي أمر فيتراضوا به.

والمهايأة في لسان الشرع: قسمة المنافع؛ وهي كامنة في الأعيان المشتركة التي يملك الانتفاع بها على بقاء عينها[1].

وهي الطريقة الثانية للانتفاع فيما فيه الشراكة، وذلك عند تعذر القسمة أو عند التراضي فيما بينهم. وهي جائزة استحساناً، والقياس يأبى جوازها، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها نسيئة لتأخر حق أحدهما.

ويشهد للاستحسان قوله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾.

(١) الحاشية ج ٥/١٧٠.

القسم الثاني ـ في شركة العقود:

شركة العقود:

هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح، وقد عُرف سابقاً بأن الشركة عبارة عن خلط أحد النصيبين بالآخر، وقد سمي بها العقد لأنها سببه، أو أن تقول: بأن العقد هو سببها.

ولشركة العقود شروطٌ يتوقف عليها، وهي:

١ ـ شروط الإنعقاد:

ومحورها الإيجاب والقبول، كأن يقول الواحد: شاركتك في كذا وكذا، أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات، ويقول الآخر قبلت.

٢ ـ أن يكون المعقود عليه قابلاً للوكالة:

وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة، وتختص الكفالة بالمفاوضة.

ولزومية هذا الشرط: أن ما يستفاد بالتصرف يجب أن يكون مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه، أي حكم عقد الشركة بالمطلوب منه، وهو الإشتراك في الربح، فلو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وأصيلاً في النصف الآخر، فلا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص المشتري بالمشترى.

واشترطت القابلية للوكالة، إحترازاً عن الشركة في الإحتشاش والاحتطاب والاصطياد. فإن الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصاً لا على وجه الاشتراك[1].

ويترتب على شركة العقود الإشتراك في الربح والخسارة.

أقسام شركة العقود

تنقسم هذه الشركة إلى أقسام عدة، هي: شركة الأموال وشركة

---

(١) الهداية بشرحي الفتح والعناية ج ٦/١٥٥.

الأعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة؛ الثلاث الأولى منها إما مفاوضة وإما عنان.

القسم الأول ــ شركة الأموال:

وهي نوعان اثنان، مفاوضة وعنان.

١ ــ شركة المفاوضة:

المفاوضة في اللغة من التفاوض، وتفاوض الشريكان في المال، اشتركا فيه أجمع وهي شركة المفاوضة[١].

وهي من التفويض، أو الفوضى الذي منه فاض الماء، إذا عمّ وانتشر، وهي بمعنى المساواة في كل شيء[٢].

وأما في الشرع فهي أخص من معناها في اللغة، فعرّفها الفقهاء أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما»[٣].

فهي شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق، وفي التصرفات، لأن الفوضة الشركة، والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه، فعمّ التساوي في ذلك[٤].

وهذا النوع من شركات العقود غير متفق عليه بين الفقهاء. فذهب كلٌ من الشافعية والحنابلة إلى بطلان هذا النوع من الشركات، وهو رأي الشيعة والظاهرية والجعفرية، وذهب كلٌ من الحنفية والمالكية إلى جوازه، وبشروط وضوابط معيّنة وهو مذهب الزيدية.

واستدل الفريق الأول بما يلي:

---

(١) مختار الصحاح مادة فوض.
(٢) انظر: الحاشية ج ٣٣٧/٣، فتح القدير ج ١٥٦/٦.
(٣) نفس المراجع.
(٤) فتح القدير ج ١٥٤/٦.

١ ــ أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم، فلم يصح بين المسلم كسائر العقود الفاسدة.

٢ ــ أنه عقدٌ لا مثيل له في الشرع، فلم يصح.

٣ ــ أنه عقد محتوي على الغرر، وبيع الغرر منهي عنه شرعاً.

وبيان الغرر فيه: أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر،وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به.

وإذا لاحظنا فيه القياس فإنه لا يصح.

ونسب إلى الشافعي رحمه الله قوله: إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا، إشارة إلى كثرة الغرر فيه والجهالات[١].

واستدل الفريق الثاني بما يلي:

١ ــ ما رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»[٢] والمراد بأن عقد المفاوضة أعظم للبركة.

٢ ــ قوله ﷺ: «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»[٣]. قال الكمال بن الهمام: وهذا الحديث لم يعرف أصلاً في كتب الحديث، ولا يثبت فيه حجة على الخصم.

وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث فيهن البركة، بيع إلى أجل، والمفاوضة وإخلاط البر بالشعير»[٤].

وفي بعض نسخ ابن ماجة «المفاوضة بدل المقارضة»

٣ ــ أن الناس تعاملوا بها من غير نكير، ولأن التعامل كالإجماع، وبه يترك القياس ووجه القياس أنها تتضمن الوكالة بمجهول الجنس ، وكذلك

---

(١) مغني المحتاج ج ٢/٢١٢، بداية المجتهد ج ٢/٢٧٦.

(٢) لم يعرف في كتب الحديث أصلاً، قاله ابن الهمام فتح القدير ج ٦/١٥٨.

(٣) لم يعرف أيضاً نفس المرجع.

(٤) رواه ابن ماجه.

الكفالة، أي مجهولة وكل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد.

والجواز هو الاستحسان، ووجهه لما ورد من نصوص وتعامل الناس بها. وأجاب الحنفية على الاحتجاج بالقياس بما يلي:

إن الجهالة وإن وُجدت فهي متحمّلة، كما في المضاربة وما فيها من جهالة، لتتضمنها الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذلك في شركة العنان.

ولذا: فالجهالة في المفاوضة تعتبر تبعية لا أصلية، وهي مغتفرة كما قد سبق.

شروط صحة المفاوضة عند القائلين بها:

١ ـ شروط الانعقاد:

المطلوب توفرها في أي عقد من جهة أهلية المتعاقدين.

٢ ـ التساوي فيما بين المتشاركين في الدين:

كأن يكون بين حربيين أو بين ذميين لتحقق المساواة، أو بين كتابي ومجوسي لكون الكفر ملة واحدة.

ولا تصح بين المسلم وغير المسلم، وهو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه محمد وقال أبو يوسف بالجواز، لكن مع الكراهة، لأنه عادة لا يهتدي إلى الجائز من العقود.

ووجهة جوازه عنده، أنهما متساويان في الوكالة والكفالة، ولا إعتبار لزيادة لجهة أحدهما في تصرف زائد.

وحجة المانعين من صحتها بين المسلم وغيره كالكتابي، أنه لا يتحرز عن الربا فيكون سبباً لوقوع المسلم في أكل الحرام.

٣ ـ تحقق المساواة:

ابتداء وانتهاء، أي مدة البقاء. وما يمنع من ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاؤه. وما يطلب تحقق المساواة فيه، ما تصح فيه الشركة، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة، كالعروض والديون والعقار.

وما تصح فيه هذه الشركة هي الأموال التي تخضع لمبدأ التساوي كالدراهم والدنانير والفلوس.

٤ ــ التساوي في التصرف:

ويشتري لصحة المفاوضة أن يتساوى الشريكان في التصرف.

والمراد بالتساوي في الدين، ولذا فلا تصح بين المسلم وغيره، ولأن الكافر إذا اشترى خمراً أو خنزيراً لا يقدر المسلم أن يبيعه وكالة من جهته فيفوت شرط التساوي في التصرف، سوى ما ورد عن أبي يوسف وكذلك لا مفاوضة بين الصبيين، لأنهما ليسا من أهل الكفالة، ولا بين المسلم والمرتد.

ولذلك فإنها تنعقد على كل من الوكالة والكفالة، الوكالة لتحقق غرض الشركة، وأما الكفالة فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة، وعلى معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر.

٥ ــ رأس مال الشركة:

أن يكون رأس مال الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة ولا تنعقد الشركة إلا بهذا المال، أي الذهب والفضة والفلوس الرائجة. ولا خلاف في عدم جواز الشركة فيما يُعدّ من العروض والعقار والمكيل والموزون والعددي المتقارب.

وعلة هذا الشرط: أن رأس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، لأنه إذا باع كل منهما عروضه، واتفق تفاضل الثمنين، فما يستحق أحدهما من الزيادة على صحة رأس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه، ولم يضمنه، بخلاف النقود، فإن كل واحد وكيل من صاحبه في الشراء بماله، وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجباً في ذمته، فربحه ربح ما يضمنه.

وأجاز المالكية، وكذلك الأوزاعي الشركة في العروض إذا اتحد جنسها ولأنه رأس مال معلوم فأشبه النقود.

وأن كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود، كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة، فتصح.

٦ ـ **التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما يؤدي إلى معناها:**

فإذا تحققت هذه الشروط وُجدت المفاوضة، وترتب عليها أحكامها ما لم تخرج عنها.

أحكام المفاوضة (الآثار والتطبيق):

١ ـ كل من الشريكين قائم مقام صاحبه في التصرف والبيع والشراء، إلا ما كان من باب طعام الأهل وكسوتهم، فيختص به، وكذا كسوته والآدام. وللبائع أن يأخذ الثمن من أيهما شاء، والمشتري بالأصالة، وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدّاه لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما.

٢ ـ كل منهما ضامن عن صاحبه وملزم به إذا كان الأمر فيما يصح الاشتراك فيه كالبيع والشراء والاستئجار.

وأما إذا لم يكن مما يصح الاشتراك فيه، فلا يضمن صاحبه، كأن يكون تصرفه جناية أو نكاحاً أو خلعاً أو صلحاً عن دم العمد. أو نفقه.

ولا يلتزم كل منهما عن الآخر إلا ما كان بسبب التجارة، وما عدا ذلك فلا كفالة فيما بينهما، وكذلك في المهر والخلع والنكاح ونحوه في كل ضمان لا يشبه ضمان التجارة.

٣ ـ إذا طرأ على أحد الشركاء مالٌ عن طريق الميراث أو الهبة أو التصدق أو الوصية، فينظر فيه: فإن كان مما لا تصح فيه الشركة أصلاً، كالعروض والعقار اختص به ولا تبطل المفاوضة.

وإن كان هذا المال مما تصح به الشركة أصلاً، فسدت المفاوضة وتحولت إلى عنان، لأن رأس أموالهما قد زادت ويشترط لصحتها التساوي في

رأس المال انتهاءً كما ابتداء.

٤ ــ إذا افتقدت أي شرط من شروط صحتها، كالتساوي في المال أو في الربح أو غير ذلك أدى هذا إلى تحولها إلى شركة عنان.

٢ ــ شركة العنان:

العنان في اللغة بكسر العين، من عنّ، يقال: عنّ له كذا يعنّ، بضم العين وكسرها، عنناً، أي عرض واعترض.

والعِنان للفرس، وجمعه أعنة.

والعِنان: شركة العنان: أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما، كأنه عنّ لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه.

وأما العنان بفتح العين، أي السحاب[١].

وأما في الاصطلاح، فشركة العنان: أن يشترك اثنان في نوع من التجارات، في البر أو الطعام، أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة[٢].

وسميت هذه الشركة بالعنان، إما من عنّ إذا عرض سمي به لأنه شيء عرض في هذا القدر، لا في عموم الوكالة والكفالة. وإما أنه مأخوذ من عنان الفرص، لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى، فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي[٣].

وقال صاحب المغني في علة تسميتها: سميت بذلك، لأنهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير، فإن عنانيهما يكون سواء. وقال الفرّاء: هي مشتقة من عن: الشيء إذا عرض، وقال: عنت لي حاجة إذا عرضت، فسميت الشركة بذلك، لأن كل واحد

---

(١) انظر: مختار الصحاح والقاموس المحيط مادة عنن.

(٢) فتح القدير ج ١٧٩/٦.

(٣) الهداية بشرح العناية الفتح ج ١٧٩/٦.

منهما عنّ له أن يشارك صاحبه.

وقيل: وهي مشتقة من المعانتة، وهي المعارضة، يقال: عانت فلاناً إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله.

فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله، وهذا يرجع إلى قول الفرّاء[1].

مشروعيّة هذا النوع من الشركات:

هذا النوع من الشركات جائز، وهو إجماع كما ذكره ابن المنذر[2] وهذا النوع من الشركات هو النوع الوحيد المتفق عليه بين فقهاء الأمصار وإن اختلف في بعضها[3].

شروط صحة هذه الشركة:

لصحة هذه الشركة شروط عامة وأخرى خاصة.

أما العامة فهي من شروط الانعقاد، وكما في أي عقد من الأهلية والإيجاب والقبول.

وأما الخاصة فهي:

١ ــ محل الشركة من الأموال:

محلها من الأموال، منها ما هو متفق عليه، ومنه ما هو مختلف.

أما المتفق عليه فهو أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير وما يحل محلهما من الفلوس الرائجة والعملات.

وكانت الدراهم والدنانير رأس مال الشركة المتفق عليه، لأنهما قيم الأموال وأثمان البياعات، والناس يشتركون فيها من لدن رسول الله ﷺ ومن غير نكير.

---

(١) المغني ج ٥/١٦.

(٢) انظر: الإجماع، المغني ج ٥/١٦، بداية المجتهد ج ٢/٢٧٢.

(٣) نفس المراجع.

وأما مااختلف فيه فهو أن تكون الشركة في العروض.

فقد اختلف فيها الفقهاء، فذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى، إلى منع جواز شركة العنان في العروض، واعتبر من شروط صحتها أن يكون رأس من النقدين، الذهب والفضة ولأن النقدين هما ثمن البياعات وقيم المتلفات، وليس هذا للعروض[1].

وذهب جمهور الفقهاء، من الحنفية والشافعية والمالكية إلى جوازها في العروض[2] ولا يشترط في رأس المال الخلط عند الحنفية والحنابلة والمالكية، فتصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده، إذ الانعقاد يتم بالقول.

وذهب الشافعية إلى أنه يشترط خلط المالين، فضلاً عن الانعقاد بالقول والاشتراك في التصرف، وكذلك المالية في التصرف[3].

وكذلك لا يشترط في رأس المال التساوي في القدر[4].

٢ ـ ما يعود إلى المال والربح:

بالإتفاق على أنه إذا تساويا في رأس المال وكان الربح بينهما مناصفة جائز واختلف عند اختلاف رأس المال، بأن كان رأس مال أحدهما أكثر من رأس مال الآخر فهل يجب التساوي في الربح أم لا؟

فذهب المالكية والشافعية وزفر من الحنفية إلى القول بنسبة الربح بقدر نسبة رأس المال، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم يجز ذلك فكذلك إذا اشترط جزءاً من الربح، خارجاً عن أصل رأس ماله[5].

وقالوا: إن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها

---

(١) المغني ج ٥/١٦، منار السبيل ج ١/٣٩٨.

(٢) فتح القدير ج ٦/١٨١، بداية المجتهد ج ٢/٢٧٤، المغني ج ٥/٢١.

(٣) مغني المحتاج ج ٢.

(٤) المغني ج ٥/٢٢.

(٥) بداية المجتهد ج ٢/٢٧٥، فتح القدير ج ٦/١٨٩.

بلا ضمان، إذ الضمان بقدر رأس المال.

ولأن الشركة في الربح تابعة للشركة في الأصل وإن التفاضل في الربح يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، لأن استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان، لأن الضمان بقدر رأس المال، وصار كالوضيعة، فإنها لا تكون إلا على قدر رأس المال، اعتباراً للربح بالخسران.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم اشتراط المساواة في المال والربح فيصح التفاضل في رأس المال وفي الربح، كما يصح التساوي، وهو الراجح[1]. واحتج هؤلاء بما يلي:

١ ـ ما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين»[2].

٢ ـ الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل، كما في المضاربة، وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملاً وأقوى، فلا يرضى بالمساواة، فمسّ الحاجة إلى التفاضل.

ولو إشترط كل الربح لأحدهما فإنه لا يصح، لأنه يخرج بالعقد من الشركة ومن المضاربة إلى القرض، باشتراطه للعامل أو بضاعة باشتراطه إلى رب المال.

لأن شرط الجميع للعامل يصير قرضاً، وإن شرط لرب المال صار بضاعة. وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما.

وردّ على ما قد قاله المانعون، من أن التفاضل يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وربح ما لم يضمن منهي عنه، بأن هذا جائز، فإن اشتراط زيادة الربح موجودة في المضاربة، وهو جائز مع ذلك بالإجماع.

---

(١) نفس المراجع، المغني ج ٥/٢٢، ٣٣، منار السبيل ج ١/٣٩٩.

(٢) لم يعرف في كتب الحديث، والبعض نسبه إلى الإمام علي رضي الله عنه قاله الكمال ابن الهمام (فتح القدير ج ٦/١٨٩).

وبهذا يتبين حجة وجواز التفاضل، في رأس المال، وفي الربح وهو الراجح[1].

٣ ــ ما يعود إلى العمل:

(أ) إذا شرطا العمل عليهما، إن تساويا مالاً وتفاوتاً ربحاً جاز.

(ب) إذا شرطا العمل على أحدهما، فإن شرطا الربح بينهما بقدر رأس ماليهما جاز، ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل، له ربحه وعليه وضيعته.

(ج) إذا شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة.

(د) إذا شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة، لكل واحد منهما ربح ماله، والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبداً.

وحاصل هذا كلّه: إنه إذا تفاضلا في الربح، فإن شرط العمل عليهما سوية جاز، ولو شرط العمل على أحدهما، وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله أو أكثر أيضاً جاز. ولو كان الأكثر لغير العامل أو لأقلهما عملاً لا يصح وله ربح ماله فقط[2].

مبطلات الشركة:

١ ــ تسمية مقدار معيّن من الربح كألف ليرة، أو مائة ألف فعساه لا تربح الشركة أكثر من هذا المقدار.

القسم الثاني ــ شركة الصنائع:

أن تقول: شركة الصنائع أو شركة التقبّل أو شركة الأبدان أو شركة

---

(١) انظر: بداية المجتهد ج ٢/٢٧٥، فتح القدير ج ٦/١٨٩، المغني ج ٥/٢٠، ٣٠، منار السبيل ج ١/٣٩٩.

(٢) الهداية بشرح العناية الفتح ج ٦/١٧٩.

الأعمال، فهو شيء واحد.

وهي: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، كالصنّاع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم، فما رزق الله تعالى فهو بينهم»[١].

ومن هذا القبيل الشركة بين الخياطين، والصباغين، وأصحاب الورشات، وكذلك سائر أصحاب الصنائع.

مشروعيتها:

ذهب كلٌ من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى صحة هذا النوع من الشركات، وإن اختلفوا في التفصيلات.

وذهب الشافعية إلى عدم صحتها وكذلك الظاهرية والشيعة الجعفرية.

واحتج الشافعية بما يلي:

١ ـ لا وجود للمال فيها، والمال هو ركن أساسي في الشركة.

٢ ـ وجود الغرر، فلا يدري أن صاحبه سيكسب أم لا.

٣ ـ كل واحد متميز ببدنه ومنافعه، فيختص بفوائده كما لو اشتركا في ماشية لهما، وهي متميزة، ويكون الدر والنسل بينهما[٢].

وأما حجة الجمهور فهي النقل والعقل.

أما النقل فيما رواه أبو داود عن عبد الله قال «اشتركنا أنا وسعد وعمّار يوم بدر، فلم أجيء أنا وعمّار بشيء، وجاء سعد بأسيرين» وهو صريح في اشتراك الغانمين، وأن هذا لا يخفى على رسول الله ﷺ، وقد أقرّهم عليه.

وقال الإمام أحمد رحمه الله: لقد أشرك بينهم النبي ﷺ[٣]. وأما العقل: أنه ما دام المقصود من عقدالشركة التحصيل، وهو ممكن بالتوكيل والذي يقبل العمل كما يقبل المال[٤].

---

(١) المغني ج ٥/٥.
(٢) مغني المحتاج ج ٢/٢١٢.
(٣) المغني ج ٥/٥.
(٤) فتح القدير ج ٦/١٨٦، بداية المجتهد ج ٢/٢٥٦.

وهي مفاوضة وعنان: أما المفاوضة فتقوم على اشتراك العاملين بتقبل الأعمال ويكون كل منهما كفيلاً ووكيلاً ويكون كل واحد منهما مالكاً والآخر مع صاحبه ويُراعى فيها لفظ المفاوضة أو معناه حين العقد وأما العنان فيشترط لها أهلية الوكالة، ولا شرط للكفالة ولا للمساواة في الأجر.

١ ــ شروط صحتها:

أهلية التعاقد وما يشترط للانعقاد من أهلية الطرفين.

٢ ــ اتحاد الصنعة:

ذهب كل من المالكية والحنابلة إلى اشتراط اتفاق الصنعة. وذهب الحنفية إلى عدم الاشتراط في اتفاق الصنعة. واحتج القائلون بشرطية وحدة الصنعة:

١ ــ أن الغرر يزداد عند مختلف الصنعة.

٢ ــ أن مقتضى الشركة هذه، أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه، ويطالب به كل واحد منهما، فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع إختلاف صنائعهما لم يتمكن الآخر أن يقوم به، فكيف يلزمه عمله؟ وكيف يطالب بما لا قدرة له عليه[١].

وعند الحنفية ليس بشرط أن تتحد الصنعة أو العمل[٢].

٣ ــ المكان:

إشترط كل من المالكية وزفر من الحنفية، إتحاد المكان، نظراً لزيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف المكان.

وعند الحنفية لا يشترط اتحاد المكان كما لا يشترط اتحاد العمل والصنعة، نظراً للمقصود فيه، وهو التحصيل، وهو ممكن بالتوكيل ولا يتفاوت

---

(١) بداية المجتهد ج ٢/٢٧٧، المغني ج ٥/٧.
(٢) فتح القدير ج ١٨٦/٦، وانظر: الشركات في الشريعة الإسلامية ج ٤٤/٢.

باختلاف المكان أو باتحاده، وكذلك هو رأي الحنابلة والزيدية، حكمها (الأثار).

والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح، ويجوز تفاضلهما في العمل، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به[1].

٢ ـ مطالبة كل واحد منهما بما تقبله الآخر من العمل، فكل منهما مطالب بالعمل.

٣ ـ يضمن كل منهما ما يقبل الآخر من العمل[2].

القسم الثالث ـ شركة الوجوه:

هي شركة تقوم على اشتراك الرجلين أو أكثر، ولا مال لهم على أن يشتروا بوجوههم.

وسميت بالوجوه، نظراً لبنائها على وجاهة كل منهما ومكانته عند الناس وأمانته، ولهذا سميت بالوجوه، ولأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس.

مشروعيتها:

ذهب كلٌ من المالكية والشافعية والظاهرية والجعفرية إلى عدم جوازها، محتجين بكون الشركة تتعلق بالمال أو بالعمل؛ وكلاهما معدومان في هذا النوع من الشركة، ومع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد منهما عارض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة أو عمل مخصوص[3].

وذهب الحنفية والحنابلة والزيدية إلى صحتها، وعند الحنفية هي جائزة في كل من المفاوضة والعنان.

---

(١) المغني ج ٥/٧، الشركات في الشريعة الإسلامية ج ٢/٤٤.

(٢) نفس المرجع.

(٣) بداية المجتهد ج ٢/٢٣٧، مغني المحتاج ج ٢/٢١٥.

وشرعت هذه الشركة لأن مبناها على العقد، وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه.

ويشترط فيها إن كانت مفاوضة، بأن يكونا من أهل الكفالة، والمشترى بينهما نصفين، وعلى كل منهما نصف الثمن، وأن يتساويا في الربح، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة، أو بما قام مقامه.

وإذا عقدت هذه الشركة، ودون ذكر للمفاوضة، فإنها تنعقد عناناً نظراً لاقتضاء المطلق، لكونه المعتاد بين الناس(١).

وكانت هذه الشركة مشروعة بناءً للآتي:

١ ــ أن الناس يتعاملون بها من غير إنكاره.

٢ ــ أن هذا النوع يشتمل على الوكالة والكفالة، وكل منهما جائز والمشتمل على الجائز جائز.

٣ ــ هي عمل من الأعمال، فجاز أن تنعقد عليها الشركة(٢).

القسم الرابع ــ شركة المضاربة:

المضاربة من ضرب بالفتح، يضرب ضرباً ومضرباً: أي سار لابتغاء الرزق، وضاربه في المال من المضاربة، وهي القِراض(٣).

وأما في الاصطلاح: هي أن يدفع رجلٌ ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه»(٤).

وتسميتها بالمضاربة تسمية أهل العراق؛ وعند أهل الحجاز تسمى «القِراض» وتسميتها بالقراض واردٌ من القرض بمعنى القطع، يقال: قرض الفأر الثوب إذا قطعه؛ فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى

---

(١) فتح القدير ج ١٧٢/٦.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية ج ٤٦/٢.

(٣) مختار الصحاح مادة ضرب.

(٤) المغني ج ٢٦/٥.

العامل. واقتطع له قطعة من الربح، أو أنها مشتقة من المساواة والموازنة، إذ يقال: تقارض الشاعران، إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره، وكذلك هنا العمل من العامل، والمال من الآخر، فتوازنا[1].

حكم المضاربة ومشروعيتها:

١ ــ المضاربة نوعٌ من أنواع التعامل، أقرّه الإسلام وأجمع عليه العلماء[2]. وقد ثبتت ممارستها عن مثل عمر، وعبد الله وولده وعبيد الله كذلك وعثمان وعليّ وابن مسعود وحكيم بن حزام، لا مخالف لهم من الصحابة، فكان إجماعاً.

٢ ــ الناس بحاجة إليها، حيث أن الأموال لا تنمو إلا بالتنقيب والتجارة، وليس كل من يملكها يحسن العمل بها، وكذلك أن هناك من يسمى العمل لكنه لا مال له فكانت الحاجة لجهة وصالح الطرفين، فشرعت لدفع الحاجتين.

شرائط صحة المضاربة:

أولاً: يشترط فيها ما يشترط في كل عقد من أهلية المتعاقدين والإيجاب والقبول وهو شرط عام في سائر العقود.

ثانياً: الشرائط الخاصة.

١ ــ أن يكون كل منهما أهلاً للتوكيل والوكالة.

٢ ــ أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير، وهو قول عامة العلماء؛ وقال مالك بجواز أن تكون بالعروض، والصحيح هو قول الجمهور.

٣ ــ أن يكون المال معلوماً، وهو قيد يخرج المجهول، فلا تصح المضاربة به لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة.

---

(١) المغني ج ٥.

(٢) بداية المجتهد ج ٢/٢٥٦، بدائع الصنائع ج ٧/٦٩.

٤ ــ أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فهي فاسدة.

٥ ــ تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة، فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده.

٦ ــ تبيان نسبة الربح، لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب العقد.

٧ ــ أن يكون المشروط لكل واحد منهما، من المضارب ورب المال، من الربح جزءاً شائعاً، نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً أو أقل من هذا أو أكثر.

فإن شرط مقداراً محدداً من المال، بأن شرطاً أن يكون لأحدهما مثلاً: مائة ألف ليرة، أو مائة غرام من ذهب، فلا يجوز، والمضاربة فاسدة[1].

وتنعقد المضاربة بأي لفظ يؤدي إلى المعنى دون تنازع، وبالأخص كل من لفظة المضاربة أو القراض.

وكل ما يؤدي إلى غرر أو جهالة زائدة، يفسد به العقد.

وعقد المضاربة هو عقد غير لازم، لكل واحد منهما فسخ العقد.

أنواع المضاربة:

المضاربة نوعان، مضاربة مطلقة ومضاربة مقيّدة.

أما المضاربة المطلقة: فتقوم على عدم تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يتعامل معه المضارب، وتستوعب سائر أنواع التصرفات.

وأما المضاربة المقيّدة: فتقوم على التعيين، ويتقيد بها التصرف حسب ما وقع فيما بينها من شروط في كيفية العمل ودائرة الأشياء التي يضارب بها. ويتحمل نتائج مخالفته لما اشترط عليه صاحب المال[2].

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧/٦٧.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧/٦٩، بداية المجتهد ج ٢/٢٥٥.

الربح والخسارة في المضاربة:

حيث أن المضاربة عقد على الربح بالمال لصاحبه وبالعمل للمضارب، فالربح يكون مشتركاً بين المالك والمضارب حسبما اتفقا عليه.

والخسارة تكون على صاحب المال في شتى الأحوال، ولا علاقة للمضارب بالخسارة إلا إذا كان معتدياً ولو شرط الخسارة على المضارب فسدت المضاربة.

والربح يكون فيما زاد على رأس المال، ولا يوزع إلا بعد أن يسلّم لرب المال رأس ماله، ولا يفرز حتى يفرز رأس المال، لقوله ﷺ: «مثل المؤمن مثل التاجر، لا يسلم له ربحه حتى يسلّم له رأسماله، كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه»[1].

وما يحصل من تلف بآفة سماوية أو خسارة بسبب العمل، والمال في يد المضارب يؤخذ من الربح، وكذلك أي نقص يحصل كتغيير الأسعار.

ولا يضمن رأس المال إلا بالتعدي، كمخالفته شرط من الشروط أو إهماله[2].

مسائل في المضاربة:

١ ـ اشترط المضارب الربح كلّه له، أجازه مالك ومنعه الشافعي.

وجهة مالك: أنه تطوّع وإحسان من طالب المال.

ووجهة الشافعي: أنه غرر، وهو خسران على صاحب المال.

٢ ـ اشترط صاحب المال الضمان على العامل: لا يجوز عند مالك والشافعي.

وقال أبو حنيفة: المضاربة جائزة والشرط باطل.

---

(١) الحاشية ج ٤/٤٨٤.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية.

دليل المانعين: أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض، وهو فاسد.

ودليل الحنفية: تشبيهه بالشرط الفاسد في البيع، فهو جائز والشرط باطل.

٣ ـ إشترط نوعاً معيناً من المضاربة، كتعيين السلع والتصرف.

عند مالك والشافعي لا يصح إلا إذا عيّن جنساً من السلع لا يختلف وقتاً ما من أوقات السنة.

وعند الحنفية صح، ويلزمه ما إشترط عليه، وان تصرف في غير ما إشترط عليه يضمن، أي إذا خسر.

ودليل المانعين: أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر به.

٤ ـ إتفقا على أن الربح بنسبة رأس المال والعامل منهما واحد، فهو بضاعة عند الحنابلة والحنفية.

وقال الشافعية بالجواز، لأن مبنى الربح عندهم مقدّر بنسبة رأس المال. وعندهما: أنه عند التساوي في المال والانفراد بالعمل، جاز أن ينفرد بزيادة الربح، كما لو لم يكن له مال.

٥ ـ اشترك الاثنان بمال أحدهما، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما، ويعملان بالربح فيما بينهما، فهو جائز عند أحمد، لأن العمل يعتبر أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما.

وعند الآخرين لا تصح المضاربة حتى يتم التسليم من رب المال إلى المضارب، فيخلى بينه وبينه، فإذا شرط رب المال العمل معه، فلا تصح المضاربة، لأنه لم يسلمه فيخالف موضوعها[1].

---

(١) المغني ج ٥/٢٩.

خلاصة القول في هذه الشركات

شركة العقود، أعمال، أموال، وجوه، وبقسميها، مفاوضة وعنان هي جائزة، وبسائر أنواعها عند الحنفية.

وأن لهذه الشركة العقود شرائط عامة تشملها كلها، وهي:

١ ــ أهلية الوكالة، لأن الوكالة لازمة في الكل، وهي أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال، لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الأعمال، وهو مقتضى عقد الشركة.

٢ ــ معلومية قدر الربح، فإن كان مجهولاً تفسد الشركة لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة.

٣ ــ أن يكون الربح جزءاً مشاعاً في الجملة لا معيناً، فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة، ولأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح، والتعيين بقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعيّن لأحدهما، فلا يتحقق الشركة في الربح.

وهناك شرائط خاصة.

فبالنسبة للشركة ذات العلاقة المالية (أموال)، يشترط لها:

١ ــ أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة، وهي التي لا تتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال، وهي الدراهم والدنانير، عناناً كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء.

فلا تصح الشركة في العروض، وقال مالك رحمه الله ليس بشرط.

والصحيح قول العامّة، لأن معنى الوكالة من لوازم الشركة، والوكالة التي تتضمنها الشركة لا تصح في العروض، وتصح في الدراهم والدنانير. ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لأنها بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة، وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير.

ولأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، والشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، لأن العروض غير مضمونة بالهلاك.

٢ ــ أن يكون رأس المال عيناً حاضراً لا ديناً ولا مالاً غائباً، وإلا فلا يجوز.

ما يختص بالمفاوضة:

١ ــ أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة، بأن يكونا حريين عاقلين لأن من أحكام المفاوضة، أن كل ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه.

٢ ــ المساواة في رأس المال، قدراً، وهو شرط صحة المفاوضة، بلا خلاف.

٣ ــ ألا يكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة، ولا يدخل فيها، فإن كان لم تكن مفاوضة، لأن ذلك يمنع المساواة، وإن تفاضلا في الأموال لا تصح فيها الشركة، فلا يؤثر على صحتها، كالعروض والعقار.

٤ ــ المساواة في الربح في المفاوضة، فإن شرطا التفاضل في الربح، فلا مفاوضة لعدم المساواة.

٥ ــ العموم في المفاوضة، وهو أن يكون في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه.

مراعاة لفظ المفاوضة:

ما يختص بشركة العنان:

لا تراعى فيها شرائط المفاوضة.

فلا يشترط فيها أهلية الكفالة ولا المساواة في رأس المال، ولا في أي شيء يختص به المفاوضة.

ما يختص بشركة الأعمال:

١ ــ شرائط أهلية الكفالة.
٢ ــ التساوي في الأجر.
٣ ــ مراعاة لفظ المفاوضة.

ما يختص بشركة المضاربة:

١ ــ المال من جانب والعمل من جانب آخر.
٢ ــ المضارب غير ضامن إلا إذا قصّر أو اعتدى أو خالف الشروط.

□□□

شركات مستجدة

شركة المساهمة

التعريف بها:

هي الشركة التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم مساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال.

أهم مميزات وخصائص شركة المساهمة:

١ ــ تقسيم رأس المال إلى أسهم متساوية في القيمة قابلة للتداول بالطرق التجارية ويعتبر رأس مال الشركة الحد الأدنى للضمان العام للدائنين.

٢ ــ عدم مسؤولية الشركاء إلا بمقدار حصصهم من رأس المال.

٣ ــ لا يجيز القانون شركة المساهمة إلا بعد تسجيلها أو إصدار بيان من قبل الدوائر المختصة بها بإنشائها.

٤ ــ تخضع لرقابة الدولة في تأمينها وفي متابعة نشاطها.

في حكمها ومشروعيتها:

من تعرّض لها من العلماء المسلمين المحدثين، منهم من أباح على الإطلاق، ومنهم من أباح بقيود، ومنهم من منع على الاطلاق.

فأما المبيحون على الاطلاق، فهم الذين قد ارتأوا بأن الاسلام هو متّسعٌ لكل ما فيه مصلحة البشر، وحسب قواعد ومبادىء العقود في الفقه الإسلامي.

وأما الذين قيدوا، فهم الذين يرون أن هذه الشركات لا تخلو أمورها من تلوث الربا والوقوع في المحظور، ولذا فقد تعرضوا إليها من خلال هذه الجوانب.

وأما المانعون على الإطلاق، فهم الذين يقولون بأن هذه الأنواع من الشركات هي وليدة النظام الرأس مالي، ووليدة لأنظمة غير الإسلامية وأن في الإسلام من أنواع الشركات ما يغني العالم الإسلامي شأنه التجاري.

وقد ذهب صاحب كتاب «الشركات في الشريعة الإسلامية» إلى جواز صحة شركة المساهمة وكذلك سائر شركات الأموال شرط استبعاد الربا عنها ومنعها من أن توجد فيها وهذه صحيحة عنده بناء لما يلي:

١ ـ ينطبق عليها معنى الشركة في الفقه الإسلامي، فهي عقد بين متشاركين في الأصل والربح.

٢ ـ يتحقق فيها معنى الشركة، والمخاطرة موجودة فيها، لتحمل الخسارة كما في تحقق الربح.

٣ ـ يتحقق فيها معنى الأذن بالتصرف، فالشركاء قد فوضوا مجلس الادارة، والشركة قائمة على الوكالة شرعاً.

٤ ـ يتحقق فيها ما يعتبر من الأركان والشروط في العقد، كالأهلية في المتعاقدين ومحل العقد، ونحوه.

ويرى أن شركة المساهمة تنطبق عليها قواعد شركة العنان من شركات الأموال في الفقه الإسلامي.

ثم يبين خصائص هذه الشركة، وأنها بخصائصها لا تتناقض والفقه الإسلامي، ومع أن من مضامين الشركة ما يحكم عليه بالحظر والحرمة، كالحديث عند الأسهم وأنواعها، والحصص وإقتطاع الأرباح، كإقتطاع جزء من الأرباح، ويحصل للعمال الذين يعملون في الشركة وليسوا مساهمين فيها[1].

---

(١) انظر: الشركات في الشريعة الإسلامية ج ٢/٢٠٦ وما بعدها.

ومن باب الحذر والحيطة مما يردنا من الفكر الإقتصادي غير الإسلامي يلزم التنبّه إلى أن التهاون والتساهل في بناء اقتصاد فردياً أم جماعياً، على أسس ونظرية وضعية، تتوافق والفقه الإسلامي في جوانب وتختلف في أخرى وخاصة أن مثل هذه الشركات تخضع لرقابة الدولة، وما قوانين دولنا الحاضرة إلا وليدة لأنظمة غير إسلامية من حيث المبدأ ومن حيث الغاية ومن حيث الاسلوب.

وما دام في فقهنا الإسلامي ما يغنينا إقتصادياً وبالمنهاج الإسلامي فلا مبرّر لأن تنمو نمو أنظمة عدائية وعدوانية.

وحتى أن القائلين بالجواز فإنهم ما أجازوا الأمر حتى ولو خرج عن قواعد الشريعة، بل ظنهم فيها أنها متوافقة تماماً لقواعد التعامل في الفقه الإسلامي. علماً أن مجرد الظن لا يكفي، ولا يكون مبرراً لصاحبه. ما دام في الأمر محاذير ومشبهات.

وعلى ما يذهب إليه البعض من إبعاد ما هو محظورٌ من هذه الشركات، والأخذ منها بما لاحظ فيه ولا منع، بل هو متوافق مع قواعد وشروط نوع من أنواع الشركات في الفقه الإسلامي، من باب استيعاب الفقه الإسلامي لسائر أنواع التعامل، فهذا لا إشكال في صحته لكن ما دام الأصل في القبول هو أنواع الشركات عندنا فلِمَ نترك الأصل ونأخذ بالتبع؟

وزد على ذلك فإن شركات الأموال في القوانين الوضعية تخضع لقوانين الدولة التي هي وليدة الأنظمة الوضعية العدائيه.

فلا أدري.. إلا إذا كان التقدم مرتبطاً بعجلة القوانين اللاإسلامية.

□□□

شركة المحاصة

شركة المحاصة هي إحدى الشركات التجارية التي عرفها القانون الوضعي. وهي الشركة التي تعقد بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو سلسلة من الأعمال يؤديها أحد الشركاء باسمه على أن يقتسم الربح أو الخسارة بينه وبين باقي الشركاء.

ولشركة المحاصة شروط كما لباقي الشركات.

لها شروط عامة: وتتمثل بأهلية المتعاقدين والايجاب والقبول ومحل الشركة وشروط خاصة وتتمثل بالآتي:

١ ــ مساهمة كل شريك بحصة.

٢ ــ وجود نية المشاركة.

٣ ــ توزيع الأرباح والخسائر.

توزع الأرباح والخسائر بحسب الشروط المتفق عليها في العقد وإذا لم تذكر شروط تكون الأرباح والخسائر بالتساوي، وفي المواعيد المتفق عليها.

فالمحاصة اسم على كل شركة لا تبرز فيها الشركة للناس، وإنما يبرز شريك واحد من الشركاء يتعامل في الظاهر باسمه وتبقى الشركة مستترة ولا يكون لها شخصية اعتبارية.

وأنها أحياناً تكون شرك مدنية، كأن يزاول الشركاء عملاً مدنياً كاستغلال الأراضي واستثمار المياه المعدنية.

وأحياناً تكون تجارية كأن يزاول الشركاء عملاً تجارياً كالبيع والشراء.

وحكم الإسلام في شركة المحاصة هو حسب صورة هذه الشركة، التي

أخذت صوراً عدة في التعامل.

الصورة الأولى: أن يحتفظ كل شريك بملكية حصته، ويقوم الشركاء باستثمار هذه الحصص منفردين بحدود الغرض الذي اتفق عليه ثم يقوم الشركاء بقسمة الأرباح التي يربحها جميعهم أو بعضهم، ويتحملون الخسارة التي يخسرونها.

وهذه باطلة لأنها ليست بشركة لأن من أهم مميزات الشركة خلط رأس المال والتخلية بين كل شريك وشريك ليتمكن من التصرف فيه أو أن يتمكن المدير الشريك من التصرف فيه.

الصورة الثانية: أن ينقل الشركاء ملكية حصصهم إلى أحد الشركاء لاستثمارها بالاتفاق لمصلحة الشركاء ثم توزع الأرباح والخسائر عليهم بنسبة حصصهم في رأس المال، ويكون الشريك هو المسؤول أمام الغير والمطالب من قبل الدائنين والحجز على جميع رأس المال، لكونها أصبحت ملكاً له.

وهذه ليست شركة بل هي نقل ملكية، قد أصبحت الحصص ملكاً للشخص الآخر، فلا علاقة لهم بربح ولا خسارة.

وبالتالي عقد شركة على هذه الصورة، هي شركة باطلة.

الصورة الثالثة: أن يحتفظ كل شريك بملكية حصته ويتفقون على تسليمها لأحدهم لاستثمارها لمصلحتهم على أن يقتسموا الربح أو الخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص.

وهذه الصورة تخضع لقواعد شركة المضاربة والعنان.

المال المقدّم من أصحابه إلى أحدهم هو مضاربة من جهة تصرفه وعمله، وهو عنان لما كان له هو أيضاً جزء من المال مقدم في هذه الشركة.

فهي عنان لجهة من يعمل من الشركاء، وهي مضاربة لجهة من لا يعمل بل قد أشرك جزء ماله معهم.

(١) د. عبد العزيز الخياط/الشركات في الشريعة الإسلامية ج ٢/٨٠، ١٤٨.

الصورة الرابعة: أن يتفق الشركاء على شيوع الحصص بينهم، ويصبح كل واحد منهم مالكاً لحصته على الشيوع، وهي جائزة شرعاً وتخضع لقواعد شركة العنان لأن كل واحد منهم قدّم حصته للشركة، واختلطت الحصص وأصبحت شائعة الملكية ثم وكل الشركاء إحدهم بالتصرف في ادارة الشركة، وهو جائز شرعاً، فكان عناناً.

وتوزع الأرباح حسب الإتفاق في المواعيد المتفق عليها، والوضعية على قدر نسبة مال كل واحد منهم.

شركة التضامن

شركة التضامن هي إحدى الشركات التجارية، وهي وليدة القوانين الوضعية. وتعرف: أن يعقد اثنان أو أكثر شركة يقصد الاتجار على وجه الشركة بعنوان مخصوص يكون اسماً لها وأن يكون كل الشركاء مسؤولين بوجه التضامن والتكامل عن التزامات الشركة وكل اتفاق يخالف ذلك لا ينفذ في حق الغير».

وأهم مميزاتها:

١ ــ الإلتزام بالتضامن والتكافل فيما بينهم بجميع تعهدات الشركة مثل الغير.

٢ ــ ومسؤولية الشريك عن ديون الشركة لا تخضع لماله من نسبة مال فيها بل على العموم، بخلاف غيرها من الشركات المسؤولية حسب نسبة حصته.

٣ ــ على الشريك أن يعلن ما تضمنه من التزامات مالية لكي تعرف ماليته الخاصة لأنه شريك ضامن لالتزامات الشركة، ويمتد ضمانه في الشركة إلى أمواله الخاصة.

٤ ــ لا يقبل نقل حصص الشركاء إلى الآخرين إلا بإجماع الشركاء الباقين، لكون الشركة هذه قائمة على المعرفة الشخصية والثقة المتبادلة بين

الشركاء.

٥ ـ تنحل الشركة بوفاة أحد الشركاء ولا يجوز للورثة أن يحلوا محل الشريك المتضامن إلا بموافقة باقي الشركاء.

مدى مشروعية هذه الشركة:

الذين بحثوا أمر هذه الشركة من العلماء، اختلفوا في حكمها، فمنهم من أباحها على الإطلاق وهو رأي أحد علماء الشيعة، الشيخ محمد مهدي الكاظمي الخالصي، وهو رأي عبد العزيز خياط. ومنهم من منع على الإطلاق، وهو رأي الشيخ تقي الدين النبهاني، وهو يرى أن هذا النوع من الشركات مخالف لشروط الشركات في الإسلام، وأنه لا يجوز الاشتراك فيها لكونها فاسدة، فضلاً عن كونها وليدة النظام الرأسمالي.

ومنهم من أباح لكن بضوابط شروط، وهو الشيخ علي الخفيف، لكن يبدو أن ما قال بإباحته شيء وشركة التضامن شيء ثان[1].

وكما يبدو أن هذه الشركة قريبة من مفهوم شركة المفاوضة في الشريعة الإسلامية وقد علمنا سابقاً، أن شركة المفاوضة موضع اختلاف فقهي بين السادة العلماء. وأن الأستاذ الخياط يرى أن بين هذه الشركة المفاوضة تطابق، وبالشروط التي وضعها الحنفية في شركة المفاوضة، من أهلية الكفالة والوكالة، ومن شرطية الالتزام بديون الشركة، وباستثناء شرط واحد، وهو تساوي المالين.

وأن هذا يؤخذ ويجاز من قبل شرك العنان، حيث لا اشتراط للمساواة المالية وأن هذه الشركة تنطبق عليها أحكام من شركة المفاوضة وأحكام من شركة العنان[2].

---

(١) انظر: الشركات في الشريعة الإسلامية/١٣٠.
(٢) نفس المرجع.

شركـة التأميـن

التأمين هو عقد بين المؤمّن ــ الشركة أو الجهة ــ وبين المؤمَّن لـه، وبموجبه تلتزم الجهة المؤمّنة أن تؤدي إلى المؤمّن له أي إلى المستفيد الذي أجرى التأمين لصاحبه، مبلغاً من المال أو أي عرض آخر مالي إذا وقع به حدث أو خطر مما هو مذكور في العقد، وذلك نظير قسط أو دفعة مالية يؤديها المؤمن له في الشركة .

وهذا العقد قد نشأ بسبب الخوف الذي يلحق بالفرد من أمور وحوادث تصيبه مستقبلاً، في نفسه أو في تجارته أو في صنعته أو في أي شيء يخصه.

وأول صورة من التأمين قد ظهرت سنة ١٦٦٦ م عقب حريق كبير أودى بخسارة فادحة.

ومنذ ظهور التأمين في الغرب قد أخذ بإمتداد ليشمل سائر جوانب الحياة، بعد أن ابتـدأ على التأمين البحري، ثم التأمين البـري ثم التأمين على الحياة، وذلك في القرن التاسع عشر، وانتشر فيما بعد.

ولم يبرز أمر هذا العقد عند الفقهاء المسلمين إلا للبعض من متأخري المذهب الحنفي وهو العالم الكبير ابن عابدين رحمه الله، صاحب كتاب الرد المحتار على الدر المختار. معترضاً له فيه وأعطى رأيه فيه بالتحريم.

وما أن جاء عصر الفقهاء المحدثين إلا وقد ازداد التأمين انتشاراً وتوسعة فنعرض له هؤلاء الفقهاء، وهُم بين مجيز وبين مانع.

وقبل أن نتعرض لما قيل فيها من حرمة أو إباحة، نرى لازماً تبيان أنواع هذه العقود، إذ هي متعددة.

١ ــ التأمين التبادلي:

وهو عبارة عن إتفاق جماعة على تأليف جمعية أو إتحاد فيمـا بينهم

يشتركون فيه جميعاً برأس ما أو اشتراكات، وتقوم بالتأمين عليهم فيما يريدون التأمين عليهم بحيث إذا حصل لواحد منهم أية خسارة فيما أمن عليه تقوم الجمعية بتعويضه حسب النظام الذي يضعونه».

وهذا النوع يظهر أنه لا خلاف حوله، أي هو جائز شرعاً، لأنه ليس إلا صندوق تعاوني مشترك بين جماعة يكتبون فيه لجبر أضرار من تصيبهم منهم نوائب معينة.

٢ ـ التأمين بالأقساط:

وهي التي تنحصر فيها تعدد الآراء بين السادة العلماء وهو التأمين الشائع، ويعبّر عنه بالتأمين التجاري، وهو بيع الأمن نظير ثمن يتفق عليه(القسط) ومن صور هذا النوع من التأمين على الحياة، التأمين على وسائل النقل، والبضائع والمباني، وضد خيانة الموظفين وإلى ما سواها.

أما التأمين التبادلي فإن الأغلب يميل إلى جوازه، ولأنه ليس إلا مسألة تعاون والتعاون مبدأ من المبادىء التي يقوم عليها المجتمع المسلم.

وأما التأمين التجاري فقد ذهب إلى حرمته فئة من كبار العلماء، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة والشيخ عيسوي أحمد عيسوي والدكتور عبد الرحمن تاج والدكتور الشيخ محمد فرج السنهوري وغيرهم.

وذهب الشيخ الأستاذ علي الخفيف إلى جوازه وبسائر أنواعه ما لم يكن فيه ربا.

وذهب الشيخ الأستاذ مصطفى الزرقاء إلى جوازه في سائر أنواعه، بل وذهب إلى وجوبه إلزامياً.

ومن قال بإجازته الشيخ عبد الحميد السايح والشيخ عبد الله الشيخلي والأستاذ كاظم الكفائي والأستاذ محمد مهدي الخالصي والدكتور تقي الدين الهلالي.

وفي الندوة الفقهية في ليبيا سنة ١٣٩٢ هـ أصدرت اللجنة في نهاية اجتماعاتها قراراً بجواز عقد التأمين إلا التأمين على الحياة.

ولكن لم يخل القرار من معارضة أمثال الإمام أبو زهرة رحمه الله.

وخلاصة القول في التأمين.

١ ــ رأي يقول بالمنع والحظر وعلى رأي هؤلاء الشيخ أبو زهرة والدكتور عيسى عبده.

٢ ــ رأي يقول بالإباحة ودون تردد وعلى رأس هؤلاء الشيخ مصطفى الزرقاء.

٣ ــ رأي يقول بالإباحة ضمن قيود، وعلى رأي هؤلاء الشيخ علي الخفيف.

عرض ونقد:

١ ــ هذه النوعية من العقود أمرٌ طارىء في مجتمع الأمة مستورد من مجتمعات اقتضت حاجاتها الحياتية إلى وضع هذه الأنماط كضمانات مادية لمواجهة العسر المتوقع إلى أن تعدى الأمر هذا الحد فيما بعد ليصل إلى ما لا حاجة إليه، سوى ما يسعى إليه من مكاسب مادية وتجارية.

هي نوعية معينة من العقود كانت وليدة حاجات مجتمعات تخضع لقوانين من وضع البشر، قوانين مقوماتها الغلبة المادية والحصر الدينوي. وهذه أنماط قانونية عادة يتناسب مع مناخ المجتمعات التي لا أصالة تشريعية لها، بل تنتقل نوعية القوانين لديها حسب تغيّر رغباتها وطريقة القبول لحياتها.

وأما في الإسلام فمجتمعاته ينبغي أن تتحضر حسب أصالة تشريعه ونظمه وضوابطه.

فما أشبه وجود هذه القوانين وآثارها في مجتمعات الإسلام بوجود اللقيط في قوم ثم تنصيبه أمر هؤلاء!

٢ ــ إن الناظر في عقود التأمين بروية وتدبير ليجدنّها عقوداً لا تخلو من الجهالة التي لا تقبلها قواعد العقود في الإسلام.

٣ ـ الغرر أكثر وضوحاً وأسمى معلماً في هذه العقود، والغرر منهي عنه شرعاً، فضلاً عن معلم الحظ فيها، وكما هو معروف أن المكسب الوارد من الحظ أشبه بكسب القمار.

وإن أكثر ما هو بائن في هذه العقود وهو أمر المخاطرة، وكأنه مراهنة، ولا شك أن الإقدام على تعامل متميز بالمخاطرة أمرٌ منهي عنه، إذ الغالب أن كلاًّ من الطرفين في العقد يتوقع لنفسه الربح والمنفعة، البائع من جانب والمشتري من جانب آخر حيث يبيعه فيما بعد بربح يزيده عليه.

وهذا الأمر هو ما تتميز به تصرفات الإنسان العاقل المناسبة لأحوال بيعه وشرائه، ولسائر أنواع التعامل.

فمخاطر هذه العقود لا يؤمن منها المستأمن ولا صاحب الشركة، فقد يقع المستأمن بمصائب وكوارث بحيث يلتزم صاحب الشركة بدفع الاضعاف المضاعفة لما قد دفع، وقد يحصل أن المستأمن لا يصاب بشيء، فتأخذ الشركة المال دون مقابل.

فأمر المخاطرة بيّن واضح كمعلم تتميز به هذه العقود، فضلاً عن وجود الغرر والجهالة.

وزيادة على ذلك فإنه ومما لا شك فيه أن الشركة المؤمّنة تستعمل أموالها ـ أموال المُسْتأمِنين ـ في معاملات ربوية، وهذه مساعدة على إقامة معصية، والإسلام قد نهى عن هذا، قال تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[1] والإثم المعصية، والربا من المعاصي المهلكات بموجب النصوص الشرعية من الكتاب والسنة.

إنها عقود لا تخلو من جهالة وغرر ومخاطرة وربا، مجتمعة أو منفردة فضلاً عن كونها بضاعة مستوردة غير مأمونة المخاطر والزيغ.

ولو سلمنا بإباحتها أو بإباحة البعض منها، هل فعلاً نحن بحاجة إليها

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٢.

لحل مشاكلنا ولحل مسائل العسر الإفرادية والجماعية في مجتمعنا الإسلامي؟ إن الأصالة التشريعية لكفيلة إلى قيام الساعة بحل مشاكل العالم بأجمعه فضلاً عن مشاكل مجتمعنا.

وإني أضع بين يديك كيفية ضمان حياة الفرد في الإسلام من الشدائد التي تلحق به، من فقر وحاجة وشيخوخة، وهو جانب من جوانب عدة.

حدود تحمل التبعية:

الأصل في الشريعة الإسلامية أن يتحمّل الفرد تبعات أفعاله وأن يضمنها هو دون ما سواه. وعلى هذا النصوص والشواهد، مثل قوله تعالى: ﴿لا يكلّف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ومن يكسب إثماً فإنما يكسبه على نفسه﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها﴾[4].

والملاحظ في الشريعة الإسلامية أن مسؤولية الأعمال الضّارة تقع على مرتكبها، بدنياً كان أم غير ذلك من العقوبات المالية وتوابعها فلا يقتص إلا من الجاني ذاته، بدنياً كان أم عضوياً، ولا يحلّ أحدٌ محلّه ولا يُقبل البدل عمّن يتحمل مسؤولية جرمه.

وأما في الضمانات المالية، فيتنوع الحكم، وإن كان الأصل العام أن كل واحد يتحمل تبعيات أعماله.

وللدلالة على تحمل الفاعل للضمانات هو أن المسؤولية قد عمَّمها الفقهاء حتى شملت الصغار ومن لا عقل له (المجنون) لكونها ضمانات مالية فتجب في أموالهم وينوب عنهم أولياءهم.

وهذا المبدأ العام في تحمل المسؤوليات والتبعيات.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.
(٢) سورة فاطر، الآية: ١٨.
(٣) سورة النساء، الآية: ١١١.
(٤) سورة فصلت: الآية: ٤٦.

ففي عقوبة الدية شبه عمد، خطأ تجب على العاقلة، وأن هذا الحكم مخصوص من عموم قوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾(١).

وسوى ما استثني من هذه كما في قوله ﷺ: «لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد».

وكذلك لا يتحمل العاقلة من أصاب نفسه خطأ، فإن لم تكن من عاقلة فتدفع من بيت المال، والسر في تحمل العاقلة مبدأ التناصر والتعاضد العصبي، ولذا يعفى من التحمل كل من لا عصبة فيه تُرجى، كالصغير والمجنون والمرأة.

وأما في الإتلافات والتضررات المادية، فإنها في مسؤولية الفاعل وضمانه وفيما تجنيه الحيوانات لا تعلق برقبتها، بل بذي اليد عليها».

وكذلك الأشياء فإن الضمان المترتب بها يعود إلى الضمان التسببي إما لوضع الشيء في غير موضعه المعد له، وإما لتولد فعل غير مأذون فيه من فعله المأذون له فيه.

ومن هذا القبيل الضمان في حوادث السيارات وأضرارها، وعليه يعود الضمان والتبعية، مادام يسأل عنها مسؤولية تقصير(٢).

ضمان حاجة الفقر والعجز

لقد نصت الشريعة الإسلامية على وجوب سد حاجة الفقر والضيق المادي بالنسبة لكل فرد، وذلك ضمن دائرة القرابة الأسرية، وحمّلت هذه القرابة المسؤولية عن سداد هذه الحاجة، وأنه إذا لم يكن للفرد المحتاج من قرابة له تُلزم بهذا الأمر، فإن حاله تنقل آنذاك إلى بيت المال، والذي هو معيل من لا معيل له.

---

(١) سورة فاطر، الآية: ١٨.

(٢) انظر كتاب «نظرية الضمان للدكتور محمد فوزي فيض الله، وان فيه التوسعة لمن أراد التفصيل.

ولما كان التوسع في هذه المسألة غير متناسب مع هذا البحث فإني أجد كفاية في ذكرها من حيث المبدأ فحسب.

ولوجوب الضمان والنفقة شروط هي؛ نذكرها باختصار:

١ ــ إعسار المنفق عليه، ولأن وجوب النفقة معلول بالحاجة.

٢ ــ يسار المنفق، وهو شرط فيمن يجب عليه الإنفاق، ويشتد الأمر في نفقة الزوجة والآباء والأبناء.

٣ ــ عجز الطالب بالنفقة عن الكسب، كالعمى والقعود والجنون ونحوه وباستثناء الأباء والأبناء والزوجة.

وإذا لم يكن للفقراء من أقارب موسرين تكون نفقتهم في بيت المال[1] فبيت المال في الدولة مسؤول عما يوجد من فقر وعجز فردي وجماعي، وهو كفيل بسد حاجات من لا ينفق عليهم، وفيه موارد لمصارف معينة لدواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وأكفان الموتى الذين لا مال لهم، وكذلك عقل جناية اللقيط وهو الذي لا أواصر قرابة له.

وفي هذا قوله ﷺ «من ترك كلاً فإلينا ومن ترك مالاً فلورثته»[2].

حتى ولو كان الفقير غير مسلم في دار الإسلام، ولا يوجد من ينفق عليه فبيت المال كفيل بسد حاجاته، ومن هذا ما ورد من أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب قد أجرى ليهودي عاجز ما يسد حاجته ووضع عنه الجزية.

وكذلك فيما فعله خالد بن الوليد رضي الله عنه لما صالح أهل الحيرة فجاء في كتابه: وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من

---

(١) انظر في هذا: الاتجاه الجماعي/٣٢٢، ٣٨٥.
وانظر: فتح القدير ج ٤/٤٥، المهذب ج ٢/١٦٧، الفواكه الدواني ج ٢/١٠٦، الشرح الكبير ج ٩/٢٨٨، المغني ج ٩/٢٥٨، فتح الوهاب ج ٢/١٢١، كشاف القناع ج ٢/٢٧٢، وهناك موازين تفصيلية نص عليها الفقهاء حول هذه المسألة فلتراجع في هذه المراجع المذكورة.

(٢) الأموال لأبي القاسم نقلاً عن الاتجاه الجماعي ص/٣٢٢.

الآفات، طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين وعياله، ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام»[1].

□□□

(١) الخراج للدكتور محمد صفاء الدين الرتيسي نقلاً عن الاتجاه الجماعي/ ٣٢٤.

الخاتمة

وأختم بحثي هذا بالرجاء من الله تعالى أن يغفر لي ما وقع مني من خطايا الفكر والتعبير، وأن يتفضّل علي بحسن الختام.

وكتبه

د. كامل موسى

غرة شهر شوال سنة ١٤١٠ هـ

فهرس المراجع

القرآن الكريم.

ابن جزي: محمد، القوانين الفقهية، طبعة جديدة.

ابن حزم: علي، المحلّى، دار الآفاق/بيروت.

ابن حزم: علي، الأصول والفروع، دار الكتب العلمية/بيروت/الطبعة الثامنة سنة ١٤٠٢ هـ.

ابن رجب: أبو عبد الرحمن، جامع العلوم والحكم.

ابن رشد: محمد، بداية المجتهد، مكتبة الكليات الأزهرية/مصر/سنة ١٣٨٩ هـ.

ابن سلام: أبو عبيد، الأموال، مكتبة الكليات الأزهرية/مصر/سنة ١٣٨٨ هـ.

ابن خويان: إبراهيم، منار السبيل، المكتب الإسلامي.

ابن عابدين: محمد، الحاشية على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي/بيروت.

ابن عابدين: محمد، تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة/للطباعة والنشر/بيروت.

ابن العربي: أبو بكر، أحكام القرآن، حلبي/مصر/الطبعة الثانية سنة ١٣٨٧ هـ.

ابن قدامة: عبد الله، المعني، مكتبة الرياض/الرياض.

ابن قيم الجوزية: شمس الدين، إعلام الموقعين، دار الجيل/بيروت سنة ١٩٧٣ م.

ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، حلبي/مصر.

ابن نجيم: زين العابدين، الأشباه والنظائر، حلبي/مصر سنة ١٣٨٧ هـ.

ابن الهمام: الكمال، فتح القدير، دار الفكر/الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧ هـ.

أبو زهرة: محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي.

أبو سنّة: أحمد، نظرية الحق، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

أبو الفتح: أحمد، المعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة/مصر الطبعة الثانية.

أبو يوسف: الخراج

الأسيوطي: ثروت، مبادىء القانون (الحق)، طبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤ م.

الأنصاري: زكريا، فتح الوهاب، دار الفكر سنة ١٣٩٫٧ هـ.

البخاري: محمد، محاسن الإسلام، دار الكتاب العربي، بيروت/الطبعة الثانية.

بدران: أبو العينين، نظرية العقد، دار النهضة/بيروت، سنة ١٩٦٨ م.

البهوتي: منصور، كشاف القناع، الرياض.

الجرجاني: التعريفات.

الحامد: محمد، ردود على أباطيل.
حجازي: عبد الحي، نظرية الحق، دار الكتاب العربي/الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ م.
الحسني: هاشم، نظرية العقد، منشورات مكتبة هاشم.
الجعكفي: محمد علاء الدين، الدر المختار، مطبعة الواعظ/مصر.
الخرشي: محمد، الحاشية على مختصر سيدي خليل، دار صادر/بيروت.
الخطيب: محمد الشربيني، مغني المحتاج، حلبي/مصر/سنة ١٣٧٧ هـ.
الخفيف: علي، الملكية في الشريعة الإسلامية.
خلاف: عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار العلم/بيروت/الطبعة الأولى سنة ١٣٩٧ هـ.
الخولي: البهي، الثروة في ظل الإسلام، دار القلم/بيروت/الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢ هـ.
الخياط: عبد العزيز، الشركات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة/الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٨ هـ.
الدريني: فتحي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة.
الدريني: فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة/الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧ هـ.
الرازي: محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، المكتبة الأموية/بيروت - دمشق/سنة ١٤٠٠ هـ.
الزحيلي: وهبي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة/الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢ هـ.
الزرقاء: مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر/بيروت.
دان: عبد الكريم، القيود الواردة على الملكية الفردية، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣ هـ عمان.
الزيلعي: جمال الدين، نصب الراية، المجلس العلمي/الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هـ.
الزيلعي: جمال الدين، تبيين الحقائق، دار المعرفة/بيروت الطبعة الثانية.
السرخسي: شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة/بيروت/الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨ هـ.
السنهوري: الوسيط، مصادر الحق.
السيوطي: جلال الدين، سنن النسائي بشرح السيوطي، بيروت/ذار الكتب العلمية.
الشعراني: عبد الوهاب، الميزان الكبرى، حلبي/مصر/الطبعة الأولى.
شلبي: محمد، أحكام الأسرة، دار النهضة/بيروت.
الشوكاني: محمد علي، نيل الأوطار، حلبي/مصر/ طبعة أخيرة.
الشيرازي: إبراهيم، المهذب، طبعة مصر.
الشيرازي: إبراهيم، التنبيه، عالم الكتب/بيروت/طبعة أولى سنة ١٤٠٣ هـ.
الصدّه: عبد المنعم، مبادىء القانون المدني.
الصنعاني: محمد، سبل السلام، حلبي/مصر/الطبعة الرابعة.
عبد الباقي: محمد فؤاد، اللؤلؤ والمرجان، الكويت/سنة ١٣٩٧ هـ.

عتر: نور الدين، مؤسسة الرسالة/الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٠ هـ.
عثمان: محمد فتحي، الفكر الإسلامي والتطور، الدار الكويتية/الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ.
العطار: عبد الناصر، بحوث في البيوع، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا (فقه المضاربة) جامعة الأزهر سنة ١٩٧٣ م.
عيسوي: عيسوي، المدخل للفقه الإسلامي، دار التأليف سنة ١٣٧٩ هـ.
الغزالي: أبو حامد (الإمام)، إحياء علوم الدين، حلبي/مصر.
الغفاري: عبد الحميد، نظرية الخيار في العقود، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا (فقه المضاربة) جامعة الأزهر سنة ١٩٧٣ م.
فراج: أحمد، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية/بيروت سنة ١٩٨٦ م.
الفيروز آبادي: محمد ابن يعقوب، القاموس المحيط، حلبي/مصر/الطبعة الأولى سنة ١٣٧١ هـ.
قلعجي: محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس/الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـ.
قليوبي، الحاشية على المنهاج، حلبي/مصر.
الكاساني: علاء الدين، بدائع الصنائع، دار المعرفة/الطبعة الأولى/بيروت.
الكشناوي: أبو بكر، أسهل المدارك، دار الفكر/الطبعة الثانية/بيروت.
المحلاوي: محمد عبد الرحمن، تسهيل الوصول إلى علم الأصول، حلبي/مصر/الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥ هـ.
محمصاني: صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين.
حسنين، فتاوى شرعية، حلبي/مصر/الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥ هـ.
المرغيناني: أبو الحسن، الهداية، حلبي/مصر/طبعة أخيرة.
المصري: رفيق، ربا القروض، مؤسسة الرسالة/الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ.
موسى: كامل، الحيض وأحكامه الشرعية، مؤسسة الرسالة/بيروت/الطبعة الخامسة سنة ١٤٠٧ هـ.
الموصلي: عبد الله، أحكام العبادات الاختيار، دار المعرفة/الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٥ هـ.
النبهاني: فاروق، الاتجاه الجماعي للشريعة الاقتصادية في الإسلام، مؤسسة الرسالة/بيروت.
النووي: المجموع.
الهروي: معين الدين، شرح الكنوز، دار الفكر/بيروت.
اليعقوبي: إبراهيم، شفاء التاريخ والأدواء، توزيع مكتبة الغزالي/دمشق/الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـ.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
إهداء	٥
مقدمة	٧
مصطلحات تخص أحكام المعاملات	٩
الفصل الأول	
في الملكية	١٣
الملكية	١٥
أقسام الملكية	٢١
القيود الواردة على الملكية	٢٥
الاحتكار	٢٨
التسعير	٢٩
أسباب الملكية	٣١
القسم الأول : إحراز المباحات	٣٣
إحياء الأرض الموات	٣٤
الاستيلاء عى الكلأ والآجام والماء	٣٧
الإقطاع	٤٠
الاستيلاء على الكنوز والمعادن	٤٢
الصيد	٤٥
التقادم والملكية	٤٦
القسم الثاني : من أسباب التملك في الخلفية	٤٩
القسم الثالث : في العقود	٥٠

الموضوع	الصفحة
الفصل الثاني	
في العقود	٥٣
مكان العقد	٦٠
العاقد	٦١
الأهلية	٦٢
القسم الأول : أهلية الوجوب	٦٢
القسم الثاني : أهلية الأداء	٦٤
مسألة الرشد	٦٨
الحجر على السفيه بعد الرشد	٧٠
ثانياً : الصيغة وما يجب فيها	٧٢
دلالة اللسان	٧٢
دلالة الكتابة	٧٧
دلالة الإرسال	٧٨
دلالة الإشارة	٧٨
دلالة التوقيعات	٧٩
دلالة الوسائل المستحدثة	٧٩
دلالة التعاطي	٨١
المبحث الأول : **محل العقد**	٨٤
أجزاء الآدمي والعقود	٩٦
مدى ما يملك الآدمي من أعضاء جسمه	٩٩
شروط صحة العقد	١٠٦
شروط نفاذ العقد	١٠٧
شروط لزوم العقد	١٠٨
الإرادة ومدى أثرها في العقود	١٠٩
بيع العنب إلى من يتخذه خمراً	١١٤
المبحث الثاني : **الشروط والعقود**	١١٩

الموضوع	الصفحة

الشروط وعقد الزواج ١٢٤
المبحث الثالث: الخيارات والعقود ١٢٧
خيار المجلس ١٢٧
خيار الرؤية ١٣٢
خيار الشرط ١٣٨
مدى تأثير خيار الشرط على العقد ١٤١
مسقطات خيار الشرط ١٤٤
خيار العيب ١٥٢
مسقطات الرد بالعيب ١٦١
أثر الخيارات على العقود ١٧٣
خيارات أخرى ١٧٥
المبحث الرابع: أقسام العقود ١٧٩
تقسيم العقد باعتبار الذمة ١٨٣
الولاية ١٨٥
الوكالة ١٩٠
الكفالة ١٩٦
الحوالة ٢٠٢

الفصل الثالث
في البيوع ٢٠٩

آداب البيع والشراء ٢١١
أقسام البيوع ٢١٦
عقد المقايضة ٢١٦
عقد الصرافة ٢١٧
عقد السّلم ٢٢٢
عقد البيع المطلق ٢٣٣
أقسام البيع المطلق ٢٤٥

الموضوع	الصفحة
تقسيمه باعتبار انعقاده	٢٤٥
تقسيمه باعتبار نفاذه وعدم نفاذه	٢٤٦
تقسيمه باعتبار لزومه وعدم لزومه	٢٤٦
تقسيمه باعتبار طريقة تحديد البيع	٢٤٦
تقسيمه باعتبار حكمه	٢٤٧
تقسيمه باعتبار البت فيه وعدم البت	٢٤٧
تقسيمه باعتبار تسمية البدل	٢٤٨
الربا	٢٥٣
القرض	٢٧٠
تقسيم البيع باعتبار التنجيز والتأجيل	٢٧٨
البيوع المنهي عنها	٢٨٠
فوارق الآثار بين البيع الباطل والبيع الفاسد	٢٨٢
بيوع منهي عنها لكونها ذريعة إلى الربا	٢٨٥
بيوع منهي عنها نظراً لحرمة الوقت	٢٨٨
بيوع منهي عنها لرفع الضرر	٢٩١
الآثار المترتبة على البيوع المنهي عنها	٢٩٣
عقد الإجارة	٢٩٥
المساقاة	٣١٣
المزارعة	٣١٧
المحاقلة	٣١٨
الفصل الرابع	
في الشركات	٣١٩
التعريف بالشركة وحكمها	٣٢١
أقسام الشركة	٣٢٦
شركة الملك	٣٢٦
شركة العقود	٣٢٩

الموضوع	الصفحة
أقسام شركة العقود	٣٢٩
شركة الأموال	٣٣٠
شركة المفاوضة	٣٣٠
شركة العنان	٣٣٥
شركة الصنائع	٣٣٩
شركة الوجوه	٣٤٢
شركة المضاربة	٣٤٣
خلاصة القول في هذه الشركات	٣٤٨
شركات مستجدة	٣٥١
شركة المساهمة	٣٥١
شركة المحاصة	٣٥٤
شركة التضامن	٣٥٦
شركة التأمين	٣٥٨
عرض ونقد	٣٦٠
ضمان حاجة الفقر والعجز	٣٦٤
الخاتمة	٣٦٧
فهرست المراجع	٣٦٩
فهرست الموضوعات	٣٧٣

●●●

تطلب جميع منشوراتنا من

الشركة المتحدة للتوزيع

بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة ☎ ٦٠٢٢٤٣ ، ٨١٥١١٢ ص.ب ٧٤٦٠

دمشق - حلبوني - شارع مسلم البارودي - بناء خولي وصلاحي ☎ ٢٢١٢٧٧٣ ، ٢٢١١٤٤٣ ص.ب ٤٦٢٥

سوريا - سيوشران

عمان - دار البشير - العبدلي - مركز جوهرة القدس التجاري ☎ ٦٥٩٨٩١ ، ٦٥٩٨٩٢ ص.ب ١٨٢٠٧٧